S A

كتاب عنايه

شرح هدايه

جلد رابع از كتاب الوديعة

تا كتاب الخنثى من تصنيف مولانا محمد اكمل الدين ابن محمود

ابن احمد الحنفي بمقابله كتب متعدده

بتصحيح مولوي حافظ احمد كبير و مولوي فتح علي و مولوي محمد وحيد

و مولوي بشير الدين و مولوي نور الحق و مولوي محمد كليم



باهتمام بابو منشي رام دهن سين

در بلده كلكته

بمطبع ايدوكيشن در سنه ۱۲۴۷ هجري

مطابق سنه ۱۸۳۱ عيسوي

۱۰ اب طبع درآمد

فهرس عناية

يا هو

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم فقد مر في اول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للمناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء * وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض * وفي الهبة تمليك العين بلا عوض * وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي اعلى من الهبة لانه عقد لازم والازم اقوى واعلى مما ليس بلازم * ومن محاسنها ان الهالها على بذل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله واستيجابه الاجر والثناء على ذلك * وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا * ومشروعيته بقوله تعالى إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا باطلاقه * وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد الامين * وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال * وركنها اودعتك هذا المال او ما قام مقامه نعلا كان او قولا والقبول من المودع حقيقة او عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب فضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا * وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات اليد غير متصور فايداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير صحيح * وحكمها كون المال امانة عنده

(كتاب الوديعة)

قوله الوديعة امانة في يد المودع قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه الصلوة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والمغل الخائن والغلول الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب الحديث انه قول شريح وليس بحديث مرفوع واجيب بانه مسند عن عبد الله ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولانها شرعت لحاجة الناس اليها فلو ضمنها المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح قوله وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا اودع عندها شيء جاز لها ان تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الاب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط ان لا يعلم بمن في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن * وهذا اذا لم ينه عن الدفع اليهم لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وانه يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روي عن محمد رح ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله انه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك

قوله ولانه دليل آخر على ذلك وهو انه اي المودع لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته لا محالة ولا استصحاب الوديعة عند خروجه وهذا معلوم للمودع فيكون راضيا به فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله او اودعها غيرهم بان نقلها من بيته واودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والحال ان الايدي تختلف في الامانة قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر انه

(كتاب الوديعة)

انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له ان يستودع
ماله عند غيره فينبغي ان يملك ايداع الوديعة ايضا وخطؤه ظاهر لان قوله الظاهر انه يلتزم
حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ **قوله** ولان الشيء
لا يتضمن مثله قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم
ولاية فعل ما انعل به م والوعد بالجواب في مظانها ولا بأس بذكره ههنا اجمالا وهو ان المستعير
مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التمليك
والوضع في حرز الغير ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان الا اذا استأجره فيكون حافظا
بحرز نفسه **قوله** الا ان يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن
فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره او الالقاء الى سفينة اخرى طريقا للحفظ فيكون
مرضي المالك وينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطة
للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من
اقامة البينة وقال في المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلا بينة **قوله** فان طلبها
صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع
وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد اذ المعتدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى
به المودع فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسه فصار ضامنا *والخلط النافي للتمييز
تعد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند ابي حنيفة رح وقالا ان خلط بالجنس يشركه
ان شاء كخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير
وقالا لا تعذر الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك
فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء ولابي حنيفة رح انه استهلاك
من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله وامكنه معنى
غير صحيح لانه بالقسمة وهي من احكام الشركة فلا تصلح موجبة لها لئلا ينقلب المعلول

عليه ولو ابرأ المالك الخالط سقط حقه من ذمة المودع عنده لانه لاحق له الا في الدين وقد اسقط
وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الابراء اليه فتبقى الشركة في المخلوط
وان خلط المائع بغير الجنس كخلط الخل بالخاء المهملة وهو دهن السمسم بزيت الزيتون
صار مذهبهما كمذهب ابي حنيفة رح فيوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع
لانه استهلاك صورة وهو ظاهر وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة
القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس ومن هذا القبيل اي من
حق المالك بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول من قال
ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور
لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز صورة ومعنى وان خلط
اوجب الضمان عنده لما ذكرنا من الاستهلاك وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا
للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل
وعند محمد رح شركه بكل حال اي سواء كان الخلط بالقليل او بغيره لان الجنس
لا يغلب الجنس عنده كما مر في الرضاع اذا اجمع بين لبن امرأتين في قدح يصب في حلق صبي
يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد رح ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لصيرورته مائعا
بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطتا اشتركا
لانه لم يصنع شيئا يوجب الضمان وهذا بالاتفاق فان هلك البعض كان من مالهما جميعا
اذ الاصل في المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة فان انفق المودع
بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك انفاقا والبعض بالخلط
لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلطا لعدم تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه ولو لم يرد
ما انفق كان ضامنا لما انفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وربما انفق لم يتعيب الباقي
فان هذا مما لا يضره التبعيض اذ الكلام فيه وان اختلفت ثم رده الى موضعه

(كتاب الوديعة)

وهلكت فلا ضمان عليه لان اخذه لم يناف الحفظ وبمجرد النية لا يصير ضامناً كما لو نوى ان يغصب مال انسان ولم يفعل **قوله** واذا تعدى المودع في الوديعة واذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة اولبس الثوب او استخدم العبد او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة لكونها امانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المامور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته مادامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بان الامر باق فيكون مامورا به وامر الحفظ وما هذا شانه فالمخالفة فيه رد للامر من الاصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود واجيب بانا لا نسلم ان المخالفة فيه رد له من الاصل لان بطلان الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا ينافيه * الا ترى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز ان يكون رد القول مثله الا يرى ان الجحود في اوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة بترك صلوة او صوم مامور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها **قوله** كما اذا استأجره تنظير لمسئلة الوديعة بالاستيجار فان المخالفة ترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه امينا واعترض بان هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه امينا باعتبار ان عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد برده بخلاف ما نحن فيه واجيب بان العقد اللازم وغير اللازم

في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة ينتقض
بعد تسليم المعقود عليه ثم في الاستيجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة
تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا لبقاء
المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله فحصل الرد الى نائب المالك جواب عن قوله
فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه ان المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة
وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله فان طلبها صاحبها الى آخره ظاهر قوله
ولو جحدها عند غير صاحبها كان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي
وديعة لا يضمنها عند ابي يوسف رح وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل
ان يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة خلافا لزفر رح وانما ذكر
خلافهما فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلثة قيل لان هذا الفصل
غير مذكور في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله فذكر كذلك *
وجه قول زفر ان الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك اولا كالاتلاف حقيقة ووجه
قول ابي يوسف رح ما ذكره انه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين **قوله** وللمودع
ان يسافر بالوديعة وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة قالوا
اذا كان الطريق آمنا * فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر
فكذلك وان لم يكن وسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله
ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقد تقدم
معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند ابي يوسف رح اذا كان بعيدا وعند محمد رح قريبا
كان او بعيدا وقال الشافعي رح ليس له ذلك في الوجهين اي سواء كان لها حمل ومؤنة
اولا لابي حنيفة رح اطلاق الامر لان الآمر امره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد
بزمان فان قيل سلمنا ان اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة

المفازة ليس محلا للحفظ اجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا اي ولكون المفازة محلا للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلوكان التلف مظنونا لما جاز لهما ذلك قيل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة بطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا اجيب بانه توضيح لاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبي نظرية واولى وجوه النظر رعايته من مواضع التلف فلوكان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما انه يلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز ان يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به لكن ابا يوسف رح جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير في التجارات والشافعي رح يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن **قوله** قلنا مؤنة الرد جواب عن قولهما وتقريره سلمنا ان المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع امره فانه امره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالي به وقوله والمعتاد كونهم في المصر جواب عن الشافعي رح يعني ان المعتاد كون المودعين وقت الايداع في المصر لا حفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها ولا ينقله الى الامصار بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المالك ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا **قوله** واذا اودع رجلان عند رجل وديعة اذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقالا يدفع اليه نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي اذا هلك في يد المودع كان للغائب ان يشارك

القابض في ما قبض وذكر رواية الجامع الصغير لتدل بوضعه على ان المراد موضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزن لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد رح الخلاف في ما يقسم ومالا يقسم قال في الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الحمامي في المسئلة مشهورة لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ومن طالب ما سلم لم يمنع عنه ولهذا كان له ان يأخذه وان كان في يد المودع بالاتفاق ولابي حنيفة رح لانسلم انه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولايتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا لايقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلايكون هذا تصرفا في حق الغير بل المديون متصرف في مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لايؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لايجب له عليه ذلك والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم حقه اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة **قوله** له ان يأخذه جواب عن قولهما ولهذا كان له ان يأخذه وتقريره جواز الاخذ لايستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه اي لغريم المودع بالكسر ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه **قوله** وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم هو الذي لايتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون ومالايقسم وهو

وهو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق وكلامه ظاهر وقال في المبسوط قول ابي حنيفة رح اقيس لان رضاه بامانة اثنين لايكون رضى بامانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما للكل واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال اذا نهاه ان يدفعها الى احد من في عياله فدفعها الى من لابد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه او كانت شيئا يحفظ على ايدي النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهذا معنى قوله وهو محمل الاول والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان وان لم يكن مفيدا او كان ولم يمكن العمل به كما في مانحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهى من الدفع الى امرأته وله امرأة اخرى امينة او من الحفظ في الدار وله اخرى فخالف فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة او نهى عن الدفع الى امرأته وليس له سواها او عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به **قوله** ومن اودع رجلا وديعة اذا اودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند ابي حنيفة رح ويخير رب المال في تضمين ايهما شاء عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة رح انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا الو دفع الى من يحفظه بحضرته كعياله

فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذالم يكن بالدفع ضامنالم يكن قبض الثاني من ضمين
فلم يوجد تعد منهما فاذافارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه واما الثاني فمستمر على
الحالة الاولى وهو القبض من امين اذالم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح
اذا القت في حجره ثوب غيره واذاكان في يدرجل الف فادعاها رجلان كل واحد منهما
انهاله اودعها اليه آخره ظاهرسوى الفاظ نذكرها قوله لتغائر الحقين لان كلواحد منهما
يدعي الفا قوله وان نكل اعني للثاني اي بعد ما حلف للاول قوله ولا يقضي
بالنكول يعني للاول لان الثاني ربما يقول انما نكلت لانك بدأت بالاستحلاف
فلا تنقطع الخصومة بينهما قوله فيكشف وجه القضاء بانه يقضي بالالف للاول اوالثاني
اولهما جميعا لانه لوحلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولونكل للثاني ايضاكان
الالف بينهما فلذلك يتوقف على القضاء حتى يظهر وجهه قوله لانه اي لان المودع
المنكر اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله عند ابي حنيفة رح اوباقراره عندهما ولوقضى
للاول حين نكل قال الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغيرانه يحلف
للثاني واذانكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لايبطل حق الثاني لان القاضي قدمه
امّا باختياره اوبالقرعة وكل ذلك لايبطل حق الثاني ولم يذكرانه اذا حلف للثاني
ماذا حكمه وقال اخوه في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضي بنكوله للاول وقوله لكونه
اقرارا اي لكون النكول اقرارا دلالة وقوله ماهذا العبد لي يعني لا تقتصر على لفظ العبد
بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما اقربه للاول وثبت به حق الاول لايفيد اقراره به للثاني لانه
لايمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله بناء اي قال الخصاف يحلفه عند محمد رح
بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد رح
خلافا لابي يوسف رح كما اذا اقر بالوديعة لانسان ثم قال اخطأت بل هي لهذا كان عليه
ان يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر

للآخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه يصير مستهلكا على الثاني لاقراره بها للاول فيكون ضامناله قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد رح خلافا لابي يوسف رح لان بمجرد اقراره لم يفوت على احد شيئا وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد رح انه سلط القاضي على القضاء بها للاول لاقراره وقد اقرانه مودع للثاني والمودع اذا سلط على الوديعة غيره صار ضامنا وللمسئلة تفريعات ذكرت في المطولات

* كتاب العارية *

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله * ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج * قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء * واختلف في تعريفه اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير * قيل وهو قول الشافعي رح قال لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره وكل من ذلك يدل على انها اباحة اما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة واما الثاني فلان التمليك يقتضي ان تكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكا للمجهول واما الثالث فلان المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالآجر لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع واما الرابع فلان المستأجر يجوز ان يوجر المستأجر لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الاجارة والهبة وقال عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية وهي انما تكون تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك مثل ان يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك أجاب بقوله والمنافع قابلة للملك كالاعيان وبنى على ذلك قوله والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض

وذلك ظاهر لا نزاع فيه ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة وفيه بحث من اوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذلك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في التصديقات * والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه اصول الفقه * والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظيرة الاعيان ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه بجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص تعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى **قوله** ولفظ الاباحة جواب عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه ان ذلك مجاز كما ان الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تمليكا **قوله** والجهالة جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه آخر ان الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله والنهي منع عن التحصيل جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي ليس باعتبار انه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد وله ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير اي وقت شاء كما في الهبة وقوله ولا يملك الاجارة جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجيء هذا ما يتعلق بتفسيرها وحكمها وشرطها

وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها * وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع وهي عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان * وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به **قوله** وتصح بقوله اعرتك هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل قيل اي مجاز فيه وفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريحان لكن احدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم ان الآخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب اي اعطيتك المنحة وهي الناقة او الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به اي بقوله هذا الهبة لانهما لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا اي مجازا من حيث العرف العام واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في الاستخدام وهو العارية وداري لك سكنى لان معناها سكناها لك وهي العارية وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا ميزه تعينت المنفعة فحمل الكلام عليه اي على تمليك المنافع بدلالة آخره حملا للمحتمل على المحكم وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة في ان العارية مستحق الرد ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على

حدوثها فالتمليك في ما لم يوجد منها لم يتصل به القبض وهو لا يملك الا به فصح الرجوع عنه

قوله والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن ان هلكت العارية فان كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمل مثلها او استعمالها استعمالا لا يستعمل مثلها من الدواب وجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعي رح يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان قبض المودَع فيها لاجل المودِع لا لمنفعة نفسه وقوله لا عن استحقاق اي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه احتراز عن الاجارة فان المستأجِر يقبض المستأجَر بحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل قبض بأذن ومثله لا يوجب الضمان اجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان بأذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعني ان الضمان اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالأذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ الذي تنعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه **قوله** والاذن جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع يعني انه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصاً ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الأذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن

لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمه تعد ولا ضمان بدونه وقوله انما وجب الرد مؤنة * جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد لا يدل على انه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على ان القبض لا من استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجد الرد وجب الضمان وقوله والمقبوض على سوم الشراء جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا ان الأخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا * ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا له الا ان الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله على ما عرف في موضعه قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف * وقيل كتاب الاجارات من المبسوط **قوله** وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره وليس للمستعير ان يواجر المستعار فان آجره فعطب ضمن لوجهين * احدهما ان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه * والثاني انا لو صححناه فاما ان يكون لازما او غير لازم ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع واما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو ايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فابطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك

وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر ملك نفسه وان ضمن المستأجر رجع على الموجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي رح ليس له ان يعيره لانها اباحة المنافع على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا اي كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة فى الاجارة للضرورة وقد اندفعت فى الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا انها تمليك المنافع على ما مر فيتضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز له ان يعير لتملكه المنفعة وقوله المنافع اعتبرت قابلة جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما فى الاجارة فتجعل فى الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مرلنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم فى الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك اجاب بقوله وانما لا يجوز في ما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة فوجب ان يبين اقسامها فقال وهي على اربعة اوجه وهي قسمة عقلية * احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع * والثاني ان تكون مقيدة فيهما * والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع * والرابع بالعكس فللمستعير فى الاول ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له ان يجاوز فيه ما سماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة اخرى او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفى القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه

بيعه * وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر
عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان
مفيدا وفي الثالث والرابع ليس له ان يتعدى ما سماه من الوقت والنوع وعلى هذا
فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب
ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه
تعين الركوب فليس له ان يركب غيره وبالعكس كذلك فلو فعله ضمن لتعين الركوب
في الاول والاركاب في الثاني * وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له
ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
وشيخ الاسلام **قوله** وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض اذا استعار
الدراهم فقال له اعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة ان يقول اقرضتك وكذلك كل مكيل
وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك المنفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها
فكان ذلك تمليكا للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة او القرض والقرض ادناهما لكونه
متيقنا قيل لانه اقل ضررا على المعطي لانه يوجب رد المثل وما هو اقل ضررا فهو
الثابت يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فاقيم رد المثل
مقامه قال المشائخ هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير
بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية
ليتجمل بها او سيفا محلى يتقلده يقال عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها والعيار المعيار الذي
يقاس به غيره ويسوى واذا استعار ارضا للبناء والغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلف قلع
البناء والغرس اما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة
واما الرجوع فلما بينا يعني به قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام
المنحة مردودة والعارية مؤداة واما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقي المستعير

شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم المعير اما ان وقت العارية اولم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن انه يتركها في يده مدة طويلة من ان غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرناه ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه بقيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقدير كلامه ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى مدة كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك بقرينة حالية وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك بما قلنا * ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا أبقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بثمانية دنانير كذا ذكره القدوري يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد ان المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه ملكه قالوا يعني المشائخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قال القدوري ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا لحق فالخيار في الابقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهذا ظاهر * ويجوز ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه ان المستعير انما

انما تمكن من القلع وترك الضمان اذا لم يتضرر الارض بالقلع واما اذا تضرر فالخيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل وقت او لم يوقت لان للزرع نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين فانه لما كان الترك باجر لم تفت منفعة ارضه مجانا ولا زرع الآخر بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك **قوله** واجرة رد العارية على المستعير اجرة رد العارية على المستعير واجرة رد العين المستأجرة على الموجر وذلك لان الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب عليه اجرة والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستأجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فتكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بان المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونها متبوعة اولى من المنفعة وعلى هذا كان اجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه ومن استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد فصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرفا ليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم يردها الا الى المعير للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده او اجيره مسانهة او مشاهرة فهو صحيح لانها امانة وله حفظها على ايديهم كما

فى الوديعة وكذا اذا ردها مع عبدرب الدابة او اجيره لوجود الرضى به من المالك الاترى انه لورد ها اليه فهو يردها الى عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقيل به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه فى الجملة وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت هذه المسئلة على ان المستعير لايملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشائخ وهو الكرخي ومن قال بانه يملك الايداع وهو مشائخ العراق اولوا هذه المسئله بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان انذاك مودعا وليس له ان يودع غيره فاذا اودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه ظاهر لايحتاج الى شرح والله اعلم بالصواب

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة فى الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وهي فى اللغة عبارة عن ايصال الشيء الى الغير بماينفعه قال الله تعالى فَهَبْ لي من لَدُنك وليًّا وفى الشريعة تمليك المال بلاعوض والهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلوة والسلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب فلم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لايثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع وقال مالك رح يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الامقبوضة اي لايثبت حكم الهبة وهو الملك اذالجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذفيه الزام التسليم ورد بان المتبرع بالشيء قديلزمه مالم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذران يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم اوصلوة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان مالايتم الشيء الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر اوالشروع

او الشروع ومالايتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو سلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلايجب مايتم به بخلاف الوصية فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لاالزام ثمه زيادة على ماتبرع وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لايتصور الالزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط لان هذا عقد تبرع فلايثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية * ألحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه مايتأيد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت ينافي المالكية فصح الالحاق **قوله** وحق الوارث متأخر جواب عمايقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب ان يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولاقام مقام المالك فيها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له الواهب في القبض والقياس ان لايجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رح لان القبض تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا وهو وجه الاستحسان في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لابقوله القبول والمقصد منه اي مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا له على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ولاكذلك القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ماقام مقامه فان قيل يلزم على هذا مااذا نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجز له القبض اجاب بقوله بخلاف

ما اذا نهاه يعني صريحا في المجلس لان الدلالة لاتعمل في مقابلة الصريح وفيه بحثان الاول لوكان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني ان مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له ان يسترده ويحبسه للثمن واجيب عن الاول بان الايجاب من البائع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وجد عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به **قوله** وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول في قوله لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه وكلامه واف لافادة المطلوب سوى الفاظ نذكرها **قوله** أَوَكُلُّ اولادك نحلت مثل هذا روى نعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان يشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال ألك ولد سواه فقال نعم فقال أَوَكُلُّ ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور وقوله عليه السلام ولورثته من بعده اي ولورثة المعمر له من بعد المعمر له يعني ثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا يبطل شرطه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك وقوله فلان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني انه تصرف في المنافع فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان اللفظ قد يذكر للتمليك فاذا نوى محتمل لفظه في ما فيه تشديد عليه عملت نيته لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة تحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هنالك ان قوله لانهما لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة

حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه الصلوة والسلام المنحة مردودة و قوله ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة انما هو بنصب هبة في الموضعين اما على الحال او التمييز لما في قوله داري لك من الابهام وقوله لان العارية محكمة في تمليك المنافع كان الواجب ان يقول لان سكنى محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز ان يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له و هو تنبيه على المقصود انه ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكر فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته و فعل ما قال وان شاء لم يقبل بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له و الفرق بينهما ان قوله سكنى اسم فجاز ان يقع تفسيراً لاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلاً * و قيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسير القول المتكلم **قوله** ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الموهوب اما ان يحتمل القسمة او لا وضابطة ذلك ان كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل القسمة * و ما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير و الاول كالدار و البيت الكبير ولا تجوز الهبة في ما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب الثمر على النخيل دون النخيل او الزرع في الارض دونها لان الموهوب ليس بمحوز اي مقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا حاز و قبض الثمر الموهوب على النخيل ولكن ذلك الثمر مشترك بينه و بين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جايزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا في ما يقسم ثم افرزه و سلمه صحت و وقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع

في مايقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف اثباتها الملك على الافراز و التسليم و العقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع في مالايقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لايحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب الغير المقسوم في ما هو غير مقسوم وذلك ليس على ما ينبغي و تصحيحه بماذكر و قال الشافعي رح هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهوظاهر وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه يعني الصحيح والفاسد و الصرف و السلم فان الشيوع لايمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع فاذا باع وخلى بينه و بين المشتري خرج من ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري و ان كان البيع فاسدا والخروج من ضمان البائع و الدخول في ملك المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع ان يكون رأس مال السلم وبدل الصرف و القبض شرط فيهما وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلية اولازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولامانع ثمه فكان جائزا فان قيل لانسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لايجوز ان يكون التبرع مبطلا اجاب بقوله و كونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لايبطل التبرع حتي يكون مانعا ولنا ان القبض في الهبة منصوص عليه لما رويناه من قوله عليه الصلوة والسلام لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض المشاع ناقص لانه لايقبله الا بضم غيره اليه اي بضم غير الموهوب الى الموهوب والغير غير موهوب وغير ممتاز

ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم المنافية للاعتناء بشانه ولان في تجويزه الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل ضرر مرضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا اي ولان في تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لا يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل لزمه المهاياة وفي ايجابها الزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة كذلك اجاب بقوله والمهاياة تلزمه في ما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل ان يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا من جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بان في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها من ملكه وليس في غيره ذلك لان المهاياة لا تحتاج اليها ولا يلزم ما اذا اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع **قوله** والوصية جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره ان الشيوع مانع في ما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه اجيب بان كلا منافي ما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة

القسمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كانت من الشريك لم يلزم القسمة وما جازت فالجواب سياتي والقرض تبرع من وجه بدليل انه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستقرض مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان لم يشترط فيه القسمة عملا بالشبهين على ان القبض فيه ليس منصوصا عليه فيراعي على الكمال ولو وهب من شريكه لم يجز وان لم يلزم فيه مؤنة القسمة لان الحكم يدار على نفس الشيوع فانه مانع من كمال القبض في ما يجب القبض فيه على الكمال فكأنه اشارة الى الوجه الاول وعلى ذلك قيل الوجه الثاني غير متمش في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل شخص ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فما يقسم الامحوزة وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن اعادها تمهيد القوله فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع وبه يتبين ان المانع من الشيوع ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي و سلمها جملة جازت **قوله** ولو وهب دقيقا في حنطة بنى كلامه ههنا على ان المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم و هذا مما يرشدك الى ان مراد المصنف رح بقوله لا تجوز هبة المشاع و قوله فالهبة فاسدة وقوله لان امتناع الجواز للاتصال هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز لاحتاج الى تجديد العقد عند الافراز في المشاع كما في المعدوم * وانما جعل الدهن في السمسم والدقيق في الحنطة معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة واذا كانت العين في

في يدالموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض امانة جاز ان ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما عن الآخر وتغايرهما يجوّز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشيء وديعة في يد شخص اوعارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولوكان بيده مغصوبا اوببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولوكانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض ان ينتهي الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الاشهاد بشرط فيه الا ان فيه احتياطاً للتحرز عن جحود الورثة بعد موته اوجحوده بعد ادراك الولد لانه اي لان الموهوب في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ويد مودعه كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا اومغصوبا اومبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره يعني في الاولين او في ملك غيره يعني في الاخير والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيّد بموت الاب وعدم الوصي لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض وكذا كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم * قيل اطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد اب الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض اولم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز

قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة واري انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب وان وهب للصغير اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الامر الدائر بين الضرر والنفع فالنفع المحض اولى بذلك **قوله** واذا وهب لليتيم هبة اذا وهب لليتيم مال فالقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر امه اي في كنفها وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم ان لها الولاية وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى ان اجنبيا آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط ان لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من اهله اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له فان قيل عقل الصبي اما ان يكون معتبرا اولا فان كان الثاني وجب ان لا يصح قبضه وان كان الاول وجب ان لا يجوز اعتبار الحق مع وجود اهليته فالجواب ان عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفيرها ايضا لانه ينفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر في المتردد بين النفع والضرر سد الباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبره برأي الولي واذا وهبت للصغيرة هبة ولها زوج فاما ان زفت اليه اولا فان كان الاول جاز قبض زوجها لها لان الاب قد فوض امورها اليه حيث زفها اليه وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب

الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها * واطلق المص رح من كونها مع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا يجامع لا يصح قبض الزوج عليها وحضور الاب لا يمنع من ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيرها فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد الموت او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا منها وان كان الثاني فلا معتبر لقبض الزوج لها لان ذلك بحكم انه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف **قوله** واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء الشيوع لان الشيوع اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا يجوز عند ابيحنيفة رح وقالا يجوز لان هذه هبة الجملة منهما لاتحاد التمليك ولا شيوع في هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى ولابيحنيفة رح ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك

وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في احدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق المتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعا ووجه ذلك ان يقال ان سلمنا ان الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين واما ان المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به **قوله** بخلاف الرهن جواب عما استشهدا به ووجهه ان حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير تدل على ان الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع من جواز الهبة ورواية الاصل تدل على انه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما من الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخصوص فلا شيوع فيها واما الهبة فيراد بها وجه الغني والعرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتأويل ما ذكر في الاصل الصدقة على غنيين فيكون مجازا للهبة ومجوز المجاز ما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما تمليك بغير بدل **قوله** ولو وهب لرجلين دارا اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص ووهبت لك ثلثه لآخر* او بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة رح مطلقا اعني سواء كان متفاضلا او متساويا وهو على اصله وجاز عند محمد رح مطلقا وهو على اصله وفرق ابو يوسف رح بين المساواة و

والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجوزه وفي المساواة جوز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن ابي يوسف رح فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف رح وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما انه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف رح عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا والعرق لابي يوسف رح ما ذكره في الكتاب ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز واما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن اصله وهو اصل محمد رح فليست بمحتاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهران قصده ثبوت الملك في البعض نوع اخلال حيث لا يعلم بما ذكره منع الهبة من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ما عدل فيه عن اصله والمذكور في الكتاب يدل عليه واما صورة الجواز فليست بمحتاجة الى الدليل لجريانها على اصله ووضح دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض خلا انه يستوي فيه المساواة والمفاضلة بناء على اصل يصح ان يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال تملك كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا و يفيد تفريق العقد فكأنه

اوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا لكلام العاقل على الافادة وكما فى الرهن فان حالة التفصيل فيه يخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما فى الكل وعند التفصيل لايثبت*

باب الرجوع فى الهبة

قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه **قوله** واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان محرما وليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان ولابد من قيدين آخرين * احدهما وسلمها اليه * والثاني لم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه وقال الشافعي رح لارجوع فيها لقوله عليه الصلوة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد في ما يهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لايقتضي ما يضاده **قوله** بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد، تقريره انالا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزءه **قوله** على اصله اي على اصل الشافعي رح فان من اصله ان للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه او كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الواهب احق بهبته مالم يثب منها اي لم يعوض لايقال يجوز ان يكون المراد به قبل التسليم فلايكون حجة لان ذلك لايصح لان قوله احق يدل على ان لغيره فيها حقا ولاحق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق قبله وان شرط العوض ولان المقصود فى الهبة هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من

مّن فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوّضه واذا تطرّق الخلل في ماهوالمقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فيثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع يعنى لا يستبد الواهب بالرجوع فى الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء او رضى الا الوالد فان له ذلك اذا احتاج اليه لحاجته وسمي ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لّم يكن رجوعا فى الحكم وقوله فى الكتاب اي القدوري فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلوٰة والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا الاستقباحه لا لتحريمه بدليل قوله عليه الصلوٰة والسلام في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب فى قيئه وفعله لايوصف بالحرمة ثم للرجوع موانع ذكر بعضها يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله * موانع الرجوع في فصل الهبة * يا صاحبي حروف دمع خزقه * فالدال الزيادة والميم موت الواهب او الموهوب له والعين العوض والخاء الخروج من ملك الموهوب له والزاي الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف رح فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة ولا بد من قيد آخر وهو ان يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب اما اشتراطه الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع واما اشتراطه الاتصال فلان المنفصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد واما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا ورُبّ زيادة صورة كانت نقصانا فى المعنى كالاصبع الزائدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع فى الهبة في ان الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع فى الهبة والمتصلة بالعكس واجيب بان الرّد في المنفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لاسبيل الى الاول لان الزيادة اما ان تكون مقصودة بالرد او بالتبعية * والاول لا يصح لان العقد لم

يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد * وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة * ولا الى الثاني لانه تبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربوا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم يفض الى الربوا * واما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا يكون الزيادة مانعة منه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس ذلك برضاه ولا باختياره فكانت مانعة * واذا مات احد المتعاقدين بطل الرجوع ايضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج من ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حيوته وان مات الواهب فوارثه اجنبي من العقد اذ هو ما اوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب **قوله** فان وهب لآخر ارضا بيضاء هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآري هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآري الاخية وهي عروة حبل يشد اليها الدابة في محبسها فاعول من تأرّى بالمكان اذا اقام فيه * وقيد بقوله وكان ذلك زيادة فيها والواو للحال لان ما لا يكون كذلك اوكان ولكن لعظم المكان يعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله واذا قال الموهوب له للواهب بيان للالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع واما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته وليس من شرط العوض ان يساوي الموهوب بل القليل والكثير والجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربوا ولا ان ينحصر العوض له على الموهوب له بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا صح واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض و

والافراز لانه تبرع ويشترط ان لايكون العوض بعض الموهوب مثل ان يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها او الموهوب الفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم بيقين ان قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به * خلافا لزفر رح فانه قال التحق ذلك بسائر امواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا * والجواب ان الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر امواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فائدة او ذكره اتفاقا اجيب بانه من اثبات الحكم بالطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له اولى ان يبطل لان الموهوب له يودي الى المعوّض ما امره به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ولو عوّضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوّض بامره غير ان المعوّض عنه لا يرجع عليه بما عوّض سواء كان بامره او بغيره مالم يضمن للموهوب له صريحا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لايوجب عليه الضمان مالم يضمن وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له مايقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع فى الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا الثلثة وقال زفر رح يرجع بنصف العوض قاس احد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه فى البقاء لان البقاء اسهل من الابتداء * ولان ما يصلح ان يكون عوضا عن الكل فى الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه فى البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر انه لا عوض من الابتداء الا هو وعورض بان الفرض انه عوض واجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض فاذا كان الكل

في الابتداء عوضا من الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا من النصف ابتداء اجيب بان ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض لما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تتم مبادلة فيوزع البدل على المبدل * والجواب عن قياس زفر رح ان المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام واما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير ان يقابله شيء ثم اخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا تنقسم على اجزاء الحكم **قوله** الا انه اي الا ان الواهب يتخير بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسكه ولم يرجع بشيء لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد ما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف غاية ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد تقدم ان العوض لاسقاط الحق فوجب ان يعمل في الكل لئلا يلزم تجزي الاسقاط كما في الطلاق واجيب بانه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى المقابلة فيجوز التجزي باعتباره بخلاف الطلاق **قوله** ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضاء والقضاء لانه مختلف فيه بين العلماء قيل لان له الرجوع عندنا خلافا للشافعي رح واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة يتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حمله على اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم ان ثبت **قوله** وفي اصله وهاء اي في اصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا ابطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطية ما ليس بخطأ خطأ **قوله** وفي حصول المقصود وعدمه خفاء لان مقصوده

مقصودة منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم يحصل فاذا تردد لا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك قبله لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعده لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك الا ان يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالرضاء كان فسخا من الاصل وخالف زفر رح في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضاء فهو كالبيع المبتدأ والجواب ان التراضي على سبب موجب للملك او على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتدائيا وههنا تراضيا على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتداء فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوع طار لا اثر له فيها **قوله** لان العقد هو الدليل على المطلوب وتقريره ان هذا العقد جائز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضاء والقضاء لانهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق ليشتمل التراضي والقضاء وقوله بخلاف الرد جواب عن قياس زفر رح تقريره ان الرد بالعيب بعد القبض انما كان في صورة القضاء خاصة لان الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا تراضيا على ما لم يقتضيه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما واما القاضي فانما يقضي اولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض

فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء او بالرضاء وفائدة هذا انه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضي او بغيره خلافا لزفر رح في غيره * واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع ان يرده على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك **قوله** واذا تلفت العين الموهوبة اذا تلف الموهوب واستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل له اي للواهب احتراز عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها لاجله فان قيل غره بايجابه الملك له في المحل واخباره بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع اذا غر المشتري اجاب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر في الذخيرة ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف رح فكان سبب الرجوع اما الغرور في ضمن المعاوضة او الضمان نصا واذا وهب بشرط العوض مثل ان يقول وهبتك هذا العبد على ان تهب لي هذا العبد لا ان يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع واما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين لم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانها بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين وامكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما اما انه مشتمل على الجهتين فظاهر واما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك

الملك الى القبض وقد يوجد ذلك فى البيع كما فى البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد يوجد ذلك فى الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المنافاة امكن الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداءه بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاءه بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة فى المرض فانها تبرع فى الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه *

فصل في الاستثناء والتعليق

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة **قوله** ومن وهب جارية الا حملها اعلم ان استثناء الحمل على ثلثة اقسام * قسم منها ما يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثناء * وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا * وقسم منها ما يصحان فيه جميعا * فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لآخر لم يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن فى الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر

وامره بجزه او اللبن فى الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل واجيب بان ما فى البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا من الواهب بخلاف الجزاز فى الصوف والحلب فى اللبن **قوله** وهذا اي صحة اصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم فى النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وقوله بخلاف البيع والاجارة والرهن اشارة الى القسم الثاني لانها تبطل بها اي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو فى الوصية وسنذكره فيها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق فلم تكن هبة مشاع فتكون جائزة فاشبه الاستثناء في امكان تجويز الهبة ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء فى التجويز لان الجواز في الاستثناء كان بابطاله وجعل الحمل موهوبا وههنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع وهي لا تجوز فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة اجيب بان عرضية الانفصال فى ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا فى الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف رح لما استشعر هذا السوال اردفه بقوله او هبة شيء هو مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح ان يجعل مسئلة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا اريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد الثنيا فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع ومسئلة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابه والمصنف رح اراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم فان

فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه

عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد فكانت فاسدة لان مقتضاء ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد او الاعتاق اوغير ذلك تقيد بها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة واصل ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر في رجوعها اليه بعد موت المعمَر له وجعلها ميراثا لورثة المعمَر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل فى المعاوضات والهبة ليست منها **قوله** ومن له على آخر الف درهم ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريئ او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريئ من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى ما فيه تمليك فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض ببدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا ابرأ المديون منه او وهبه له توقف على قبوله اجيب بان توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف واحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول **قوله** قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص يفيد باطلاقه ان عمل الرد فى المجلس وغيره سواء وهو المروي عن السلف

وقال بعضهم يجب ان يرده في مجلس الابراء والهبة وقوله بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة مالا يحلف بها اي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل * والابراء عن الدين منها ومنها ما يحلف بها كالطلاق والعتاق وغيرهما والعمرى وهو ان يجعل داره لشخص عمره فاذا مات ترد عليه جائزة للمعمر له في حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا انه عليه السلام اجاز العمرى والشرط وهو قوله واذا مات ترد عليه باطل لما روينا انه عليه السلام ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة والرقبى وهو ان يقول الرجل لغيره داري لك رقبى باطلة عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله لا يفيد ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر ان يرجع فيه ويبيعه في اي وقت شاء لانه يتضمن اطلاق الانتفاع وعند ابي يوسف رح جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكأنه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى ولهما ما روى الشعبي عن شريح ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان يقول ان مت قبلك فهي لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فيكون باطلا وقوله ولان معنى الرقبى عندهما يشير الى ان ابا يوسف رحمه الله قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان جعلها من الرقبة كما ذكرنا * وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرائها لاجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن فان قيل فما جوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام اجاز العمرى والرقبى اجيب بانه محمول على انه صلى الله عليه وعلى آله وسلم سئل عن الرقبى مفسرا بوجه واضح صحيح فاجاب بجوازه فصل

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلا **قوله** الصدقة كالهبة الصدقة لا تتم الا مقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا تجوز في ما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا في الهبة ان الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها وفيه تأمل فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غني بطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض ثمه حصول العوض ووجه الاستحسان ان الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل ومن هذا ذهب بعض اصحابنا الى ان الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا في ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لا ينافي القربة **قوله** ومن نذر ان يتصدق بماله الى آخره ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة ههنا الله اعلم

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الاجارة لغة وشريعة وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما * ومن محاسنها

دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بمشقة النفس * وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدر بتعاطيها * واما شرطها فمعلومية البدلين * واما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ الموضوعة لعقد الاجارة * واما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر ان شاء الله تعالى

قوله الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهي غير موجودة في الحال لم يقتض القياس جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكره في الكتاب وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد وقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان ان معلومية الاجرة شرط جوازها وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لانها هي المعقود عليه فالملك في البدلين ايضا يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استأجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول الزاما للعقد في المقدار المعين ثم يظهر عمل العقد واثره في حق المنفعة يعني يتراخى حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة ملكا واستحقاقا يعني يثبتان معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فان الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق الى نقد الثمن وجاز ان ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار ولا تصح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا من قوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره فانه كما يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة

الأجرة شرطاً يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالتبع كالثمن في البيع فاذا كانت معلومية التبع شرطاً كان معلومية الاصل اولى بذلك ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون ثمناً في البيع صلح ان يكون اجرة لان الأجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمناً لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمناً كالاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلاً اذا كانت معينة صلح ان تكون اجرة كما اذا استأجر داراً بثوب معين وان كان لا يصلح ثمناً وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من داب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحاً جاز ان يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمناً اصلاً **قوله** فهذا اللفظ يريد به قوله وما جاز ان يكون ثمناً في البيع لا ينفي صلاحية غيره كما ذكرنا لانه عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع اموال فجاز ان تقع اجرة ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي الى آخره ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة **قوله** والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة قد تقدم ان المنفعة لابد وان تكون معلومة في الاجارة فلابد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة معلومة كائنة ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوماً فيصح اذا كانت غير متفاوتة بان سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين افضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي

جوّزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة مكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد العاقدين فمنعه بعضهم لان الظاهر في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة موبدة معنى والتابيد يبطلها وجوزه آخرون منهم الخصاف رح لان العبرة في هذا الباب لصيغة كلام العاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت العاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم تعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وانْ كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة **قوله** الا ان في الاوقاف يجوز ان يكون استثناء من قوله اي مدة كانت وانما لا يجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار كيلا يدعي المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف ان لا يوجر اكثر من سنة واما اذا اشرط فليس للمتولي ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها * وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كما اذا استأجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره او استأجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة او استأجر دابة للحمل او الركوب وبيّن جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكر في الكتاب

باب الاجر متى يستحق

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك من العقد بلا خيار الشرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل **قوله** الاجرة لا تجب بالعقد قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التمليك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد

بنفس العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن * والصواب ان يقال معناه لا تملك لان محمدا رح ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايفاؤها فان قلت فان لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله وتستحق بمعنى تملك يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي رح تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي رح بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم في ما يقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد اي عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لذلك وكذا اذا شرط التعجيل او عجل بلا شرط لان المساواة يثبت حقا له وقد ابطله واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان منها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة

الابراء على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ممنوعة وجوزه مصدوع لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل اواشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولولم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام ان ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على انه اقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام المسبب واما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد كذلك قوله واذا قبض المستأجر الدار لبيان ان التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعلى هذا كان الواجب ان يقول باحد معان اربعة وان يقول او باستيفاء المعقود عليه او بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه احيانا وبدل احد الاقسام لا يكون قسما بذاته فاذا قبض المستأجر باجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع من استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الآجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فان اسلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه او من العين او من اجنبي سلطان او غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود لان بزوال شيء منها زوال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاعه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل ان يستأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها او سلمها فارغة فيها في غير مكانه كمن استأجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها

واسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة اوسلمها فارغة فيها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب اوسلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لاعذر فيها لكن منعه السلطان اوغصبه غاصب اولم يكن شيء من ذلك اصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب مالم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف رح ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع من الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد و مكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره لوجود الانفساخ في ذلك القدر قوله ومن استاجر دارا ذكر هذا البيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لايخلو من ان يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد اولا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان اواقل اواكثر لانه بمنزلة التأجيل اذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فللمؤجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضي ومن استأجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود كسكنى يوم في الدار وهذا قول ابي حنيفة رح آخرا وكان يقول اولا لايجب الاجر الابعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في مدة لايكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جملة

المنفعة شيئا كما في المبيع فانه مالم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن فصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف رح فلا يتوزع الاجر على اجزاءها يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لانه في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا فالجواب ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط وجد تقديرا لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على ان المصنف رح لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا البتة لم يكن للرجوع عنه وجه ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيرها فيتضرر به بل المطالبة حينئذ تفضي الى عدمها فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بامر من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع المطالبة وما افضى وجوده الى عدمه فهو منتف فقدرنا بما ذكرنا من اليوم في الدار والمرحلة في البعير وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كله لان العمل في البعض غير منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب به الاجر وهذا يشير الى انه لو كان ثوبين ففرغ احدهما جاز ان يطالب اجرته لانه منتفع به وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مران الشرط فيه لازم قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على ان من استأجر خياطا ليخيط له في بيت المستأجر

المستأجر فله الاجر بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الجمّال ثم قال ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف رح اتبع صاحب التجريد ابا الفضل الكرماني في هذا الحكم * واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة واري ان ذلك انما يكون اذا عيّنا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكمّ مثلا وللبدن اوللدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينها وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجره كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رح **قوله** ومن استأجر خبازا ليخبز له ذكره البيان حكمين * احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجر حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا * والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون فاذا استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان قيل خبزه في بيته يمنع ان يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو اجير وحد واستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل اجيب بان اجير الوحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استأجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان اجيرا مشتركا توقف استحقاقه على فراغ العمل فان اخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه جناية توجبه قال المصنف رح وهذا اي قوله لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده ولا ضمان على الامين وعندهما يضمن لان العين مضمونة عليه كالمغصوب على الغاصب ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء

ضمنه مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد لا قيمة له * قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري واما عند غيره فهو مجري على عمومه بانه لاضمان بالاتفاق اما عنده فلانه لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا انما يتم ان كان الوضع في بيته تسليما ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فعليه تفريغه الى القصاع لانه من تمام عمله عرفا وان استأجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند ابيحنيفة رح باقامتها فان افسده المطر قبل ذلك او انكسر فلا اجر له لانه لا يصير مسلما ما لم يصيره لبنا وما دام على الارض لم يصر لبنا وقالا لا يستحقه حتى يشرجه اي ينضده بضم بعضه الى بعض لان التشريج من تمام عمله عرفا وباقي كلامه ظاهر **قوله** وكل صانع لعمله اثر في العين كل صانع له اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهذا ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما في المبيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقدير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لاضمان عليه فالجواب ما اشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لكنه لا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابييوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنذكره في باب ضمان الاجير وكل صانع ليس لعمله اثر في العين كالجمال بالحاء والجيم فليس له ان يحبسه لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعامل او بعين له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن ثمه

ثم من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء و اما اذا كان فهي مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشائخ واختاره المصنف رح وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان ان احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له اثر في العين * قيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله وقوله وهذا بخلاف الآبق جواب عما يقال الآبق اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله اثر في العين قائم ووجهه ان الآبق كان على شرف الهلاك وقد احياه برده فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله اثر هو مذهب علمائنا الثلثة وقال زفر رح قيل وهو مذهب الشافعي رح ليس له حق الحبس في الوجهين يعني في الذي لعمله فيه اثر وفيما لم يكن لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه والمسلّم الى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت صاحبه والجواب ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضاء بالاتصال من حيث التسليم فلا يسقط حق الحبس ونظير ذلك الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له ان يحبس وقد تقدم وصار كقبض المشتري المبيع بغير رضاء البائع فان للبائع ان يحبس وان يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه **قوله** واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه نقل من حميد الدين الضرير هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك او بيدك مثلا واليه اشار المصنف رح بقوله ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كان استأجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموجر ان يسلم غيرها وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو اصنع منه في ذلك الفن او سلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي ان يجوز وان اطلق له العمل فله ان يستأجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين *

فصل

لما ذكر استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر او بعضه و عقبه لا صل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل و النقصان بعارض ومن استأجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي فاما ان يكون على جماعة معلومي العدد او لا فان كان الثاني استحق جميع الاجرة و ان كان الاول فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره و هو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني واختاره المصنف رح واليه اشار بقوله و مراده يعني القدوري اذا كانوا معلومين و ان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة و يأتي بالجواب فذهب فوجده ميتا فاما ان يرد الكتاب او لا فان كان الثاني استحق اجر الذهاب بالاجماع و ان كان الاول فلا اجر له عند ابي يوسف و ابي حنيفة رحمهما الله و قال محمد رح له اجر الذهاب و هذا بناء على ان المعقود عليه قطع المسافة او نقل الكتاب وقع عند محمد رح انه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب و قد اوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما انه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة الى المقصود و هو العلم بما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استأجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به فوجده ميتا فرده فانه لا اجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه و هو حمل الطعام و هو ليس بناهض على محمد رح لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منه *

باب ما يجوز من الاجارة و ما لا يجوز و ما يكون خلافا فيها

لما فرغ من ذكر الاجارة و شرطها و وقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ و تقييده و ذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للموجر و ما لا يعد خلافا

خلافا **قوله** ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى قيل صورة المسئلة ان يقول استأجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيها من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه تسمى مسكنا وفى القياس لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم يبين شيأ من ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه **قوله** ولانه لا يتفاوت جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شيء من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للاطلاق اي لاطلاق العقد فانه ليس بمقيد بشيء دون شيء الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا بالماء او الدابة دون اليدان لم يوهن البناء وفى الجملة كل ما لا يتضرر به البناء جاز ان يعمله فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز ان يكون بفتح الياء وقوله حدادا يكون نصبا على الحال وينتفي به الاسكان دلالة ويجوز ان يكون بضم الياء والمنصوبات مفعول به وينتفي به سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه متفاوت فى الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع ويدخل الشرب والطريق فى العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز ان يستأجر الساحة وهي الارض الخالية من البناء والشجر ليبني فيها او يغرس لان ذلك

منفعة مقصودة بالاراضي فيصح لها العقد فاذا انقضت المدة لزم المستأجر قلعهما وتسليمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار بصاحب الارض هذا من جانب المستأجر واما من جانب الموجر فان الارض اما ان تنقص بالقلع اولا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلک مقلوعا ويتملكه رضي به المستأجر اولا وان شاء رضي بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لذلک لان الحق له فله ان يتركه وان كان الثاني فله ان يغرم قيمة ذلک مقلوعا لكن برضى المستأجر وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترک باجر المثل الى ان يدرک لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين وذلک لانا لو قلعناه تضرر المستأجر ولو تركنا الارض بيده بلا اجر تضرر الموجر وفي تركه باجر رعاية للجانبين فيصير اليه * واورد مسئلة الجامع الصغير لبيان ان الرطبة كالشجر **قوله** ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل اذا استأجر دابة للركوب فاما ان يقول عند العقد استأجرت للركوب ولم يزد عليه او زاد فقال على ان يركب من شاء او على ان يركب فلان فهي ثلاثة اوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان اركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير * وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لانها عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وان كان الثاني صح العقد ووجب المسمى ويتعين اول من ركب سواء كان المستأجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان اركب غيره بعد ذلک فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب اولا والمراد بقوله فان اطلق الركوب هو ان يقول على ان يركب من يشاء وان كان الثالث فليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد لابد من اعتباره فان تعدى كان ضامنا وكذلک كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب

كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت فان قيل قد يتفاوت السكان فان بسكنى بعض قد يتضرر كالحداد ونحوه اجاب بقوله والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه واعتبر ما ذكرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل وقول المصنف رح يجوز استيجار الدواب للركوب معناه لركوب معين اما نصا حقيقة او تقديرا وان سمى نوعا ومقدارا من شيء يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة بعينها فله ان يحمل ما هو مثله في الضرر كحنطة اخرى غيرها او ما هو اقل ضررا كالشعير والسمسم فانهما اذا كانا خمسة اقفزة كانا اقل وزنا فكانا اقل ضررا وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثل اذا كان من حيث الكيل وانما جاز له ذلك لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت يعني به اذا كان مثلا او لكونه خيرا يعني به اذا كان اقل ضررا وليس له ان يحمل ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملح اذا كان مثلها كيلا لانه اثقل لانعدام الرضاء فيه وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط على ظهرها وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون **قوله** وان استاجرها ليركبها مسافة فاردف معه رجلا آخر فعطبت ضمن نصف قيمتها سواء كان الرديف اثقل او اخف من الراكب ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات والجناة جمع جان كبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطاء فمات فالدية بينهما انصافا لان رب جراحة واحدة اكثر تأثيرا

من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا ارد ف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان
لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل
اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانه عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك
الثقل فانقسم عليهما اذا كان مثلها يطيق حمله واما اذا كان حملا لا يطيقه مثلها يضمن كل قيمتها
لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كان الزيادة من خلاف جنس المسمى
كمن استأجرها ليحملها خمسة اقفزة من شعير فحملها مثل كيله حنطة فانه يضمن جميع قيمتها
لعدم الاذن بخلاف ما اذا كان من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغيره مأذون
في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بما اذا استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة
فطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كان الزيادة من الجنس واجيب
بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن متعد
في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما الحمل فيكون حملة واحدة فهو مأذون
في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك * وبهذا اندفع ما قيل على ما اذا استأجرها
ليركبها فاردف رجلا انه يجب ان يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها
بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا اردف فقد اركب غيره وركب ايضا
فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لا محالة لان في الاركاب
منفردا مخالفة من كل وجه وفي الارداف مأذون من وجه دون وجه وهو يقع حملة
كما مر **قوله** وان كبح الدابة بلجامها وان كبح الدابة بلجامها اي جذبها الى نفسه
لتقف ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاذن انما يتناول بفعلا
متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان
لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب
ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف والضرب المتعارف وح يكون داخلا لامرادا

لا فرق الا ان العقد المطلق يتناوله وغيره ولابي حنيفة رح القول بالموجب اي تحققت الايناء ههنا
حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا امكن تحقق
المقصود بها وههنا ممكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق وان استأجرها
الى الحيرة بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن منذر وهي على رأس ميل
من الكوفة فجاوزها الى القادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا ثم ردها الى
الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية واختلف المشائخ في معنى هذا الوضع فمنهم من
اوّل المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير
المستأجر بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى
فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا
كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى على الاطلاق وفرق
بينه وبين المودع بان المودع مامور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى
مامورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وح يكون الرد ردا الى
نائب المالك والمستأجر والمستعير مامور ان بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا
انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق
نائبا ليكون الرد ردا اليه ولايبرأ الا بالرد الى المالك او نائبه ونوقض بغاصب الغاصب
اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين
والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة البتة وليس كلما يوجب البراءة
يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان يحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب
الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل
فان قيل الرد الى المالك او نائبه ازالة للتعدي وهو يصلح مبرئا عن الضمان والرد الى
من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم

صلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه الضمان وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضمونا بضمانين قيل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من التفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو انتهاء العقد بمضي المدة ثم الرجوع اليه في ما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة **قوله** وهذا اي الاجراء على الاطلاق اصح ومن اكرى حمارا بسرج فاستعمله مع السرج فان نزع فاما ان يستعمل بسرج آخر او اكاف وكل منهما على قسمين لانه ان اسرج بسرج يسرج بمثله الحمر او لا وكذلك الاكاف فان اسرج بذلك فلا ضمان لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بغيره اي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها اذا كان غيره يماثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله الا اذا كان زائدا عليه في الوزن استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد لم يتناوله الاذن فكان مأذونا في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى ويتوسع على الدابة في ومنه كما تقدم في الحنطة وان اسرج بما لا يسرج به مثله مثل ان يسرج بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه بما لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج انه لم يتناوله الاذن وهذا اولى لانه من خلاف جنسه وان اوكفه باكاف توكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رح ولم يبين مقدار المضمون انباعا للرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة واختلفوا قال هو ضامن بقدر

وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشائخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة رح فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والاكاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها واليه اشار المصنف رح في الدليل حيث قال لانه اذا كان نوكف بمثله الحمير كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة رح ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط احدهما على الظهر اكثر من الآخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفا وقوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر للانبساط وعدمه ومن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره فلا يخلو اما ان يكون مسلكه مما يسلكه الناس اولا فان كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين تفاوت بان يكون احدهما وعرا او خوفا او نحو ذلك اولا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول يضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اذا اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد فما هذا التفصيل اجاب بقوله الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان الثاني اعني مالا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ

فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر في ما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة **قوله** ومن استأجر ارضا ليزرعها حنطة ومن استأجر ارضا لزراعة شيء فزرع مثله في الضرر بالارض او ما هو اقل منه يوجب الاجر لانه موافقة او مخالفة الى خير وزرع ما هو اضر بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة مخالفة الى شر يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان [illegible] التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات **قوله** ومن دفع الى خياط ثوبا ظاهر وقوله وينتفع به انتفاع القميص يريد به ستر [illegible] وقوله لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا [illegible]

دون القباء [illegible] *

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لاحتياج الى معرفة ليتم عرفها في محلها **قوله** الاجارة تفسدها الشروط تفسد الاجارة بالشروط فساد البيع بها لانها [illegible] يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت [illegible] والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة [illegible] لان ما قيل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا [illegible] المسمى او لعدم التسمية يجب اجر المثل بالغا ما بلغ [illegible] وفتاوى قاضي خان وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب [illegible] البيع [illegible] ان البيع اذا فسد يجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان المنافع [illegible]

ولنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضروري يتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة تبع للصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر بالغا ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسدة سقطت الزيادة وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى بخلاف البيع فان العين متقوم في نفسه وهو اي القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكره لتذكير الخبر فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت في ما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصور ترجيح بلا مرجح والواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح وهل يلزم ان يكون النقض بمحضر الآخر ولا اختلاف المشائخ رحمهم الله تعالى فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويصح على قول ابيوسف رح ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بلا خلاف ووجه ذلك مذكور في المطولات فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في اوله الا ان الذي ذكره في الكتاب اي القدوري هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية انه يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على ان رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل مضى رأس الشهر والفسخ

بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز * وذكروا لذلك طرقا ثلثة * منها ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فيفسخ العقد اذا اهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه فان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء لدى [illegible] شهرا [illegible] وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته [illegible] لعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء لان [illegible] بمحل له يوضحه ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب ثم ان كان العقد حين يهل الهلال على بناء المفعول اي يبصر فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل في الشهور العربية فمهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح ثلثمائة وستين يوما وعند محمد رح وهو رواية عن ابي يوسف رح ان الاول بالايام والباقي بالاهلة فيكون احد عشر شهرا بالهلال وشهرا بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها فلا يتعدى الى غيره ولابي حنيفة رح ان تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول [illegible] الثاني بالايام ضرورة وكذلك الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال [illegible] النهاية هذه حوالة غير رائجة فان مثل هذا الاختلاف على ان الاشهر [illegible]

كلها عند ابي حنيفة رح بالايام وعندهما الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر لم يمر في الطلاق
وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف رح قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق
في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق
العدة كذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة
وهي مسئلة الاجارات **قوله** ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام استيجار الحمام والحجام
واخذ اجرتهما جائز اما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة
ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال عليه الصلوة والسلام ماراٰه المسلمون حسنا فهو
عند الله حسن واما الحجام فلما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام احتجم واعطى
الحجام اجره ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما
ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا الان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء
كره غلة الحمام اخذا بظاهر قوله عليه الصلوة والسلام الحمام شر بيت * ومنهم من فصل بين حمام
الرجال والنساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن البروز وامرن بالقرار * وروي
عن احمد بن حنبل انه لم يبح اجرة الحجام وكره كسبه عثمان وابو هريرة والحسن
والنخعي رضي الله عنهم وروى ابو هريرة ان رسول الله عليه الصلوة والسلام قال ان
من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام * والصحيح عند عامة العلماء انه لا بأس
باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء اظهر لان المرأة
تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا يتمكن من ذلك في الانهار
والحياض تمكن الرجال وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة
رتأويل ما روي من الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة فاما بعد الستر فلا بأس
بالدخول ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهي في كسب الحجام
قد انتسخ لما ذكر في آخر حديث ابي هريرة رضي الله عنه فاتاه رجل من الانصار فقال

ان لي ناضحا وحجاما افاطعمه اي الناضح من كسبه قال نعم واتاه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس الفحل اي ضرابه وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجها وهو انه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستيجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف لقوله عليه الصلوة والسلام ان من السحت عسب التيس رواه البخاري ومراده اخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكلامه فيه ظاهر وقوله على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استيجاره بالاجماع وبعض مشائخنا يريد به مشائخ بلخ رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار وعند عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال وكانوا مستغنين عما لا بد لهم من امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال ابو عبد الله الخيزاخزي يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجرة ذكره في الذخيرة ولا يجوز الاستيجار على سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد فانه لو استحقت به كان وجوب ما يستحق المرأ به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل **قوله** ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح الا من الشريك ولا يجوز ان يوجر الرجل نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند ابي حنيفة رح سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او مجهولا وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب اجر المثل وماله منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتف لانه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار

كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رح انه آجر مالا يقدر
على تسليمه ويمكن توجيهه على وجهين * احدهما ان يكون معارضة وتقريره آجر ما
لايقدر على تسليمه لان تسليم المشاع وحده سواء كان محتملا للقسمة كالدار او لا كالعبد
غير متصور وما لا يتصور تسليمه لا يصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة
فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم * والثاني ان يكون ممانعة وتقريره لانسلم انتفاء
المانع فانه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة **قوله** والتخلية
جواب عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية ووجهه ان التخلية لم يعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت
بل لكونها تمكينا وهو اي التمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكن فكانها اعتبرت علة وهي
وسيلة الى التمكين والتمكن في المشاع غير حاصل ففات المعلول واذا فات المعلول لا معتبر
بالعلة بخلاف البيع فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن
بالتخلية فيه حاصلا وقوله وانما التهائي جواب عن قولهما او بالتهائي وحاصله ان التهائي
من احكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه
وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهائي لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء بما
يتأخر عنه ثبوتا وقوله بخلاف ما اذا آجر من شريكه جواب عن قولهما فصار كما اذا آجر من
شريكه ووجهه انه اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع وفيه نظر لانه لو لم يكن
فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز واجيب بان المراد لا شيوع يمنع التسليم
وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز ان يكون الشيوع مانعا لحكم باعتبار
دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم
ان الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه
في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء واما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة
وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله والاختلاف في النسبة لا يضره جواب

عما يقال سلمنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستيجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك ان الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على انا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية وقوله بخلاف الشيوع الطاري بان آجر رجل من رجلين ثم مات احدهما فانه تبقى الاجارة في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء لان القدرة لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق ظاهر الا ان يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما اومن رجلين لكنه في قوله وبخلاف ما اذا آجر تنوه عن ذلك يعرف بالتأمل وقوله بخلاف ما اذا آجر من رجلين جواب عن ذلك ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك في ما بينهما طار فان قيل لا نسلم انه طار بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على انه لو ثبت ههنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها والصواب ان يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه **قوله** ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة استيجار الظئر باجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان ارضعن لكم فأتوهن اجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن تبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف رح وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح حيث قال في المبسوط والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به

بعد استوضح هذه الجهة بقوله ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر وبين ما هو المختار عنده بقوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كمن استاجر بقرة ليشرب لبنها ووجه بيان العذر عن الارضاع بلبن الشاة وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف رح ما اعرض عنه شمس الائمة بعد رؤية الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور وسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغناء عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد رح انه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فمعناه ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد رح ما يدل على شيء من ذلك **قوله** واذا ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين صحت اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا باستيجار عبد للخدمة مثلا فان قيل قد علم من اول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز ان يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها اي اذا ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين جازت باجرة معلومة كسائر الاجارات وبطعامها وكسوتها ايضا استحسانا عند ابي حنيفة رح لان العادة الجارية بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما ذا لم يكن الاستيجار من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة ولا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله مجمعا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار وفسر قوله فان سمى الطعام دراهم بان

يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه اي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه سمي الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولو غير في كلام المصنف رح لفظة بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك وهذا اي جعل الاجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله اي تأجيل الطعام المسمى اجرة لان اوصافها اي اوصاف الطعام بتأويل الحنطة اثمان اي اوصاف اثمان من وجوبه في الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تأجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه في السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تأجيله بالنص ويشترط بيان مكان الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد مر في البيوع والباقي ظاهر **قوله** وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطئ للمرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به اي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه ظؤرة زوجته ولا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت ابويه فله ان يمنعها من الخروج من منزله وان كانت ترضعه في بيته فله ان يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما ان للمستأجر ان يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا يفسخ به الاجارة كما لو مرضت **قوله** وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي على الظئر والباقي ظاهر وقوله وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع ودليل ظاهر على ما قدمناه فانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن ولهذا لو اوجر الصبي بلبن الظئر في المدة لم يستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود عليه

عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله انه اختلف العمل يدل على ان هذا المعنى وفي بعض النسخ وهو انه وفي بعضها لانه فان قيل الظئر اجير خاص او مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او ثيابه شيء لم تضمن الظئر لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا يرى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص امين في ما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه * وذكر في الذخيرة ما يدل على انها يجوز ان يكون خاصا او مشتركا فانها لو آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون فارضعت كل واحد منهما وفرغت اثمت وهذه خيانة منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها تحتملهما فقلنا بانها تستحق الاجر منهما كملا تشبيها بالاجير المشترك وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص **قوله** ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استأجر حمارا ليحمل عليه طعاما بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف دار على ذلك فهل يترك به القياس قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشائخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه **قوله** والمعنى فيه يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره واذا ثبت فساد العقد كان للحائك اجر مثله لان صاحب الثوب استوفى منافعه

بعقد فاسد فكان له اجر مثله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف
الآخر حيث لا يجب له الاجر لا المسمى ولا اجر المثل لان المستأجر ملك الاجر
الاجرة في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة
فصار حاملا طعاما مشتركا ومن استأجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجرة
لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل فيه لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه [illegible]
الآخر تلويح الى مسئلة اخرى وهو ان دافع الغزل [illegible] هذا الكرباس [illegible]
شريكا لكن [illegible] الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان [illegible]
نصف الكرباس وقوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا متصل بقوله وكذا اذا استأجر [illegible] طعاما [illegible]
لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لانه رضي [illegible]
بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رح لان المسمى
هو نصف الحطب هناك غير معلوم فلم يصح الحط [illegible]
ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب احدهما [illegible]
واما اذا احتطبا جميعا وجمعاه جميعا فهما شريكان على السواء **قوله** ومن استأجر رجلا [illegible]
هذه العشرة المخاتيم [illegible]
[illegible] العشرة الى المخاتيم [illegible]
فاليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا [illegible]
فهو فاسد عند ابي حنيفة رح [illegible]
العمل حتى اذا فرغ [illegible]
ان يعمل في العدل لان المقصود [illegible]
جاز العقد [illegible] ذكر الوقت [illegible]
[illegible]

العقد* ولابي حنيفة رح ان المعقود عليه مجهول لتردده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها و ذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من الآخر و الجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب الاجير اجره نظرا الى الاول ويمنعه المستأجر نظرا الى الثاني فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل و قد يكون لكون المنفعة مطلوبة* وطولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان ابا حنيفة رح اجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبزله قفيز دقيق على ان يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع* والفرق بينها وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر بالتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه وحيث جعله شرطا دل على ان مراده التعجيل يؤيده ما روي من ابي حنيفة رح وهو المذكور في الكتاب انه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكأنه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المدة تستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه ويلزم الجهالة **قوله** ومن استأجر ارضا على ان يكربها بين في هذا ان الشرط الذي لا تقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استأجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا يتأتى الا بالسقي والكراب فكان من

مقتضى [illegible] فذكره لا يوجب الفساد وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء اثره بعد انقضاء المدة و[illegible] حاله يوجب الفساد لان موجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية ان كان رد الارض مكروبة فلاشك في انه لا يقتضيه لان الزراعة لا يتوقف عليه وان كان المراد [illegible] يجب ان يكون هذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة [illegible] اذا كان في موضع لا تخرج الارض [illegible] مرتين او كانت تخرج بالكراب مرة لان مدة الاجارة كانت [illegible] لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة [illegible] بعد المدة واما كري الانهار [illegible] المراد بها الجداول [illegible] [illegible] هو الصحيح [illegible] دون الاول واذا استأجر ارضا ليزرعها بزراعة ارض اخرى لا يجوز اصلا [illegible] بالسكنى والليس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي رحمه الله هو جائز لان المنافع [illegible] الاعيان ولهذا جازت الاجارة [illegible] اجرة [illegible]

[illegible] ان ذلك [illegible] وثاني ذلك [illegible] الجنس [illegible] النوعي [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] كمع النوعي [illegible]

[illegible] هذه المسائل [illegible] *

مايكون من اشتراط اجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك * والثاني ان النسأ
انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان
كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما اقدما
على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التأخير من المشروط
فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النسأ شبهة الحرمة فبالالحاق به
يكون شبهة الشبهة وليست بحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة
فبالالحاق به تثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثاني بان الذي لم تصحبه الباء تقام فيه العين
مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لعقد انهافيه ولزم وجود احدهما حكما وعدم
الآخر وتحقق النسأ * ويجوز ان يسلك طريق آخر وهو ان يقال المدعى ان هذه الاجارة
فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الآخر ولا فان كان لزم النسأ وهو باطل
وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال قسمته غير حاصرة لجواز ان يعتبرا موجودين
لان بطلانه قد تقدم والثاني ان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة
عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بماهوله من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف جنس
المنفعة كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالئ
بالكالئ واجيب بانه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه
منعنا لقيام العين مقام المنفعة فيمالم تصحبه الباء ثم اذا استوفى احدهما المنافع وجب عليه
اجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه اجر المثل وروى بشر
عن ابي يوسف رح انه لاشئ عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت **قوله** واذا كان
الطعام بين رجلين واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه
على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له يعني لا المسمى ولا اجر المثل وقال
الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر

داراه مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعني الطعام المشترك او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستيجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر اصلا * وفرق بين هذا واجارة المشاع فانها ايضا فاسدة عنده وان استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل بان هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي اوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر واما ههنا فانه متعذر اصلا فلا يجب عليه **قوله** بخلاف البيع جواب عن قياس الشافعي رح على البيع وذلك لان البيع تصرف حكمي اي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعا كما اذا باع احد الشريكين نصيبه وقوله ولانه ما من جزء دليل آخر على المطلوب ووجهه ان حامل الشائع ما يحمل من جزء الا وهو شريكه فيه وكل من حمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا فيه لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق اجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل ان يقول لا يخلو من انه عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما يقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس لحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الشافعي على استئجار الدار المشتركة ووجهه ان المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها يتحقق بدون وضع الطعام فيه فاذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام استحق عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر وقوله بخلاف العبد جواب

جواب عن قياسه على استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل فانه فعل حسي فكان الضابطة ان كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك ومن استأجر ارضا ولم يبين انها للزراعة او لغيرها او بيّن انها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض اكثر من غيره كالذرة والارز فان ضررهما بها اكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب المسمى استحسانا والقياس ان لا يكون له ذلك وهو قول زفر رح لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرف انه ضار وليس بضار فقد ارتفع الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما اذا استأجر الى الدياس مثلا ثم اسقط الاجل قبل ان يأخذ الناس فيه * وكما اذا باع بشرط الخيار الى اربعة ايام ثم اسقط الرابع قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر رح لم يقل بذلك ايضا لكن لما اثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره ههنا بطريق المبادي لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكر في اول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله وان زرعها ومضى الاجل فله المسمى ومن استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس

فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة فالعين المستأجرة امانة في يد المستأجر لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجائز اذ لا حكم للفاسد بنفسه لان مباشره مأمور بنقضه فلا بد وان يؤخذ من الصحيح حكمه فان بلغ الى بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر في المسئلة الاولى وهي قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة رفعا للفساد لانه قائم بعد والله اعلم *

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان **قوله** الاجراء على ضربين الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسؤال من وجه تقديم المشترك على الخاص دوري قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرّف موقوفة على معرفة المعرّف وهو الدور واجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف * وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل كان له ان يعمل للعامه لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بين لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى آخره ويؤيده قوله ومن هذا الوجه يسمى

يسمى مشتركا والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح ويضمنه عندهما الامن شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ماروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لايمكنه العمل الابه ولا حفظ اذ اهلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت بالاجر فانهما يقولان انا نصور المسئلة في حافظ الامتعة باجر فهلكت الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغير ذلك لانه لاتقصير من جهته ولابي حنيفة رح ان العين في يده امانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلكت في يده بسبب لايمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان مانحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما امكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجاب والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه اجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود اصلي بل لاقامة العمل فكان تبعا ولهذا لايقابله الاجر واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل فلم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر **قوله** وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وما تلف بعمل الاجير المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة بفتح الراء من مده اصاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لاضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا اذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك والمطلق ينتظم العمل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق وصار كالاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن اي الامر ما هو الداخل تحت العقد لان الامر ما العقد اولازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل

في العين من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل
ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن
المفسد ماموراً به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لانه
يمنع من التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وللملتزم ان يلتزم جواز الامتناع
من التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من يتبرع له ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة
وهي لا تقتضي السلامة كان اسلم وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره **قوله** وانقطاع
الحبل جواب عما عسى ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الاجير فما وجه ذكره من
جملة ما تلف بعمله فانه من قلة الاهتمام فكان من صنعه الا انه لا يضمن به اي بفعله بني آدم
ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان
الآدمي وضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة
والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق
فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع
الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه وانما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان كانت تباع
هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب
بالدق فان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنعه ولم تدخل
تحت العقد واما الخيار مع ان القياس يقتضي ان لا يخير عند ابي حنيفة رح بل يضمنه قيمته
في المكان الذي انكسر لان المال عنده امانة في يد الاجير المشترك واذا كان امانة وجب
ان لا يضمنه قيمته في المكان الذي حمله منه فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء
واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل
باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيخير اي الوجهين شاء فان اختار الوجه
الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفى

ما سنوفي اصلا **قوله** واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان
عليه في ما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الي اخره وانما اعاد روايته لنوع
بيان ليس في رواية القدوري وكل واحد منهما اشتمل علي نوع من البيان اما في القدوري
فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد وتقيد انه ان تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير
فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولي والهلاك وتقيد انها اذا لم تكن بامره ضمن *
ووجه ذلك ان الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها
غير ممكن لانه اي السراية تبتني علي قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك
مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل
لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن
بالدق قبل ان يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته
تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتابين ان الحجام
اذا حجم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منهما قدر الضمان
علي تقدير الحيوة والموت اجيب بان ذلك بحسب قدر التجاوز حتي ان الختان اذا
ختن فقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا
مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد اثر جنايته انتقص ضمانه اجيب بان محمدا رح
قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس
فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين
احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا
نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد
انتفي لان قطع الحشفة اشد افضاء الي التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد
مع جز الرقبة اجيب بان كل واحد يحتمل ان يقع اتلافا وان لا يقع والتفاوت غير مضبوط

فكان هدرا بخلاف الجزفانه لا يستحيل بان لا يقع **قوله** والاجير الخاص الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا لخدمة شخص اولرعي غنمه وقد ذكرنا مايرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكروجه التسمية وهو ظاهر **قوله** ولهذا اي ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد رح في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه اجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل * وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان فتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كأن الخياط لم يعمل اصلا ولو كان اجيرا خاصا ففتقه استحق الاجر ولا يضمن ما تلف في يده بان سرق منه اوغاب اوغصب ولا ماتلف في عمله بان انكسر القدوم في عمله اوتخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد وان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما الاول وهو ما اذا تلف في يده فلان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه وهو ظاهر عند ابي حنيفة رح وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس فانه يقبل اعيانا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه والاجير الوحد لا يقبل العمل بل يسلم نفسه فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير المأمور اي الاجير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه *

باب الاجارة على احد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قوله واذا قال للخياط اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق واي العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذا اذا كان الترديد بين الصبغين او الدارين او الدابتين او المسافتين وكذا اذا كان بين ثلثة اشياء اما اذا كان بين اربعة اشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع و في الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل و عند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار و اذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال ابوحنيفه رح الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان ففي ايهما خاطه استحق المسمى فيه و قال زفر رح الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا و ذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط اثر في تغييره فتجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق الى الغد لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد فاذا

اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم بمقابلة العمل الواحد بدلين على البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم او بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب ان الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت لانه حقيقة فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت و ذكر الغد للتعليق اي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة و اذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان **قوله** ولان التعجيل والتأخير مقصود دليل آخر لهما ومعناه ان المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مرادة التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية ولابي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة اي للاضافة ويجوز ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى ان النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو يحط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق اي لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير واذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فاذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وحينئذ يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح

فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل ولقائل ان يقول في جعل اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول ابي حنيفة رح بمسئلة المخاتيم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتاقيت وافسد العقد وهنا للتعجيل وصححه واجيب بما ذكرنا ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع من ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك من الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمه على المجاز فكان التاقيت مرادا وفسد العقد ورد بان دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلابد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال ومما ذكرنا علم ان قياس زفر رح حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق * واذا وجب اجر المثل فقد اختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح اذا خاطه في اليوم الثاني روي عنه ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري هي الصحيحة وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه

قوله ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم ولو قال ان اسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان اسكنته حدادا فبدرهمين ولو استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه فبدرهم

وان اسكنت حدادا فبدرهمين ولو استأجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وان استأجرها الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل ان يكون هذا قول الكل ويحتمل ان يكون قول ابي حنيفة رح خاصة كما في نظائرها وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين وكذلك الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة اجاب بقوله بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر ثمه يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل فالاجر يجب بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في الدابة فتبقى الجهالة وهذا الحرف اي قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رح انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا اي كونهما مختلفين لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه اي اسكان الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في اخواتها **قوله** والاجارة جواب عن قوله يجب الاجر بالتخلية الى آخره وتقريره ان الاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة اما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية بان يسلم ولم ينتفع به حتى تعلم المنفعة يجب اقل الاجرين للتيقن به *

باب اجارة العبد

تأخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته ومن استأجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر تشتمل على

على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها الاطلاق واعترض بان المستأجر في ملك منافعه كالمولى وللمولى ان يسافر بعبده فكذا للمستأجر واجيب بان المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى دارا فصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقرر حقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد يلزم الموجر ما لم يلتزمه من مؤنة الرد وربما تربو على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر ملتزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج ان يضم الى علته وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو ان يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب ان يقال لا نسلم ان المستأجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لم يتقيد به المولى والعرف يوجبه ودفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا يوجبه ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استأجر غلاما ليخدمه في المصر ثم اراد المستأجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذرا يفسخ به الاجارة **قوله** فلا بد من اشتراطه متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا تعينت الخدمة في الحضر عرفا لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب فانه اذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له ان يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يسترد منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك لانه يقتضي ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فيصير المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا هلك العبد فانه

يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له ان يسترده منه **قوله** ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لم يضمن عند ابي حنيفة رح وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة صحت على ما مر من وجه الاستحسان ان التصرف نافع والمحجور مأذون في النافع ولابي حنيفة رح ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك او بيد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه اجيب بانه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا كان مأذونا وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر في خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه * ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول باربعة لان المذكور اولا والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك لانه لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو قال استأجرت منك هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد

العقد او نظرا الى تنجيز الحاجة فان الانسان انما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من المنكر فكان الموجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة **قوله** ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم الى آخره ظاهر خلا قوله فيترجح بحكم الحال فانه استشكل بان الحال يصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للموجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لان المصنف اشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه وبيانه ان الموجب للاستحقاق وهو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجر لا موجبا للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة *

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من ذكر احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر احكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون بعارض **قوله** واذا اختلف الخياط ورب الثوب ان اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة او الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الامر وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله لانه لو انكر اصل الاذن كان القول له فكذا اذا انكر صفته لكن بعد اليمين لانه انكر ما لو اقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء

واعترض بان هناك اتفق المتعاقدان على المأمور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف يكون هذه مثل تلك واجيب بانها مثلها انتهاء لا ابتداء الا انه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الاجير اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء وذكر في بعض نسخ القدوري يضمنه اي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعني قوله لايجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد رح وجه الظاهر وهو الاصح ان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد رح ان الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصباغ باجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة رح لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له وذلك بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد رح ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رح لانه منكر وما ذكراه من الاستحسان مدفوع بان الظاهر يصلح للدفع والحاجة هنا للاستحقاق لا للدفع *

باب فسخ الاجارة

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة **قوله** ومن استأجر دارا تفسخ الاجارة بعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا

عندنا خلافا للشافعي رح فاذا استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا اذا استأجر عبدا للخدمة فذهبت كلتا عينيه * واما اذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهبت احدى عيني العبد فلا تفسخ له **قوله** لان المعقود عليه دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا ازال الموجر ما به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه **قوله** واذا خربت الدار وانقطع شرب الضيعة وانقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة وهذا قول بعض اصحابنا رحمهم الله وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت الدار كلها فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا او غائبا * فيه اشارة الى ان عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا رحمهم الله من قال ان العقد لا ينفسخ وصحح النقل بما روى هشام عن محمد رح فيمن استأجر دارا فانهدم فبناه الموجر ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للموجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ واستدل على ذلك بان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع **قوله** ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به بغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه اورده استشهادا به على انه لا ينفسخ بانقطاع الماء واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة به او الاجرة

المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال مالم يملك المورث الى الوارث واما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لم ينفسخ لانعدام ما اشرنا اليه وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستأجر ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقد مات احد المعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمه قاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشائخنا رحمهم الله ان وجد ثمه دابة اخرى يحمل عليها متاعه ينتقض الاجارة وكذا الموات في موضع فيه قاض ينتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ماينا في البقاء وهو موت الموجر واذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل فانه ينفسخ الاجارة ولم ينعقد لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كلما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فانفسخ لاجله **قوله** وصح شرط الخيار في الاجارة اذا استأجر دارا سنة على انه او الموجر بالخيار فيها ثلثة ايام فهو جائز عندنا في احد قولي الشافعي رح لا يجوز لان الخيار ان كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للموجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال كذلك وكل ذلك يمنع

يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي لئلا يقع فيه الغبن وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب كما تقدم فكذا الخيار الشرط قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف والسلم فان الخيار فيهما لا يصح وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه * وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها لان التكليف انما يكون بحسب الوسع ولهذا اي ولان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة يجبر المستأجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي رح قال في المبسوط اذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم او لم يطلب ثم تحاكما ليس للمستأجر ان يمتنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للموجر ان يمنعه من ذلك * وقال الشافعي رح المستأجر ان يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي بينا ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يتخير فيما بقي لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة * وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان فرع آخر لنا لا استشهادا حيث لم يكن الخصم قائلا به **قوله** وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وعند الشافعي رح لا تفسخ الا بالعيب بناء على ما مر مرارا ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به كالبيع اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الاجارة والبيع

جميعا وهو اي المعنى الجامع عجز العاقد من المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد
لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا والشافعي رح محجوج بما اذا استأجر رجلا ليقلع
ضرسه لوجع ثم زال الوجع او استأجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس او استأجر
رجلا ليقطع يده لآكلة وقعت بها ثم برأت فانه لا يجبر المستأجر على قلع الضرس واتخاذ
الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا
الباقي * ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم وقال ثم قوله اي قول القدوري
في المختصر فسخ القاضي اشارة الى الافتقار اليه في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين
وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج
فيه الى قضاء القاضي وذكر وجهه في الكتاب وذكر في وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلابد من الزام
القاضي وفيه امر غير مرتفع وصحح شمس الائمة السرخسي ما ذكر في الزيادات وصحح قاضي خان
والمحبوبي قول من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور
العذر اي لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لان
يظهر العذر **قوله** ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر اي ظهر له فيه رأي منعه
عن ذلك ظاهر خلا مواضع بينتها **قوله** ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر هو لفظ اصل
الجامع الصغير لكن هل له ان يبيع بعد ما آجر اختلفت الفاظ الروايات وقال شمس الائمة
الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر ان يفسخ
البيع واليه مال الصدر الشهيد وقوله اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض
فلا يتحقق فيه الافلاس قيل وقد يتحقق افلاسه بان يظهر خيانته عند الناس فيمتنعون
عن تسليم الثياب اليه ويلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ان الناس لا يأتمنون على امتعتهم
قوله ومن استأجر غلاما ليخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر قيل فان قال الموجر لا يريد السفر
لكنه يريد فسخ الاجارة واصر المستاجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عمن يسافر معه فان

فان قال فلان وفلان فالقاضي يسألهما ان فلانا هل يخرج معكم اولا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا * وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والا فلا * وقيل اذا انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بالله انك عزمت على السفر واليه مال الكرخي والقدوري *

مسائل منثورة

معنى المسائل المنثورة قد تقدم وحصد الزرع اي جزه والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بهاهنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت الريح هادئة قال في المغرب بالنون من هدن اي سكن * وفي نسخة هادئة من هدأ بالهمز اي سكن * وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسي قوله واذا قعد الخياط يعني اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فاقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا * وفي القياس لا يجوز لان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح راس مال الشركة ولان المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل اجيره بالنصف وهو مجهول * وان تقبل العمل العامل كان مستأجرا لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول * والطحاوي مال الى وجه القياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان * وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فيجب القول بجوازها للتعامل بها قال النبي عليه السلام والصلوة ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فان قيل شركة التقبل هي ان يشتركا على ان يتقبلا

الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجر اجيب بان الشركة في الخارج تقتضي اثبات الشركة في التقبل فيثبت فيه اقتضاء اذ ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكننا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا في التقبل ضربها ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا هذا هو المذكور في عامة الشروح وهو مخالف لما ذكره المصنف رح فانه قال لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل انسب لشركة التقبل الله اعلم واذا كانت شركة لا اجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة وقوله ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا ظاهر والوطأ الفراش والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء اوغيره قوله ورد الزاد معتاد جواب عما يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئا مكانه ووجهه ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرد الماء والعرف المشترك لا يصلح مقيدا ولا مانع من العمل بالاطلاق وهو انهما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وعدم المانع *

كتاب المكاتب

قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة * وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض * وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة * وذكر

وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم * والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية واما الاعتاق على مال فانه وان كان عقدا لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى ان المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون المعتق على مال وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور وشرطها قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها في جانب العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق بمكاسبه * وثبوت الحرية اذا ادى بدل الكتابة * وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة والملك في البدل اذا قبضه والفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبتك على مائة دينار اذا قبلت كان ذلك كتابة ولو قال له جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول نجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة **قوله** واذا كاتب المولى عبده او امته اذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا يخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او لغيره * ولما كان مقصود المصنف رح بيان حكم آخر

خلاف المشروعية وهو ان الكتابة عقد واجب ان يعمل او مندوب او مباح تعرض لذلك بقوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع الفقهاء واشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب وقال وانما هو امر ندب هو الصحيح احترازعما قال بعض مشائخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا * وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال نفى الحمل على الاباحة الغاء الشرط بيانا لكونه للندب وتقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال له لان الندبية معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ماقال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب واما اشتراط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلابد من الالتزام ولا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله عليه الصلوة والسلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الاعشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلوة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اي في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وعند ابن عباس رضي الله عنه يعتق كما اخذ الصحيفة من مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك يكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا ادى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر وقال الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان اديته الي فانت حر لان الكتابة ضم نجم الى نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الي في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا * ولنا ان موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند

عند اداء البدل فيثبت وان لم يصرح به كما في البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح لكونه موجبه ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي رح يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك خفية جدا لانه قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوات فكأن الله امرنا ان نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على اداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي اتانا الله تعالى هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك **قوله** ويجوز ان يشترط المال حالا بدل الكتابة يجوز ان يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا وقال الشافعي رح لابد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان لخروجه من يده ولاه مفلسا ولم يكن قبل العقد اهلا لملك المال والعاجز عن التسليم لا بد له من اجل يقدر به على البدل فان قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم لانه لو قدر عليه لما رضي بابخس البدلين فلا بد له من اجل اجاب بقوله بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب اثبت لان المسلمين مأمورون باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لابد منه لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن

وبدل الكتابة معقود به لامحالة فاشبه الثمن فى البيع والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من اصلنا وكذا ذكرناه فى التقرير مستوفى ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد كرم اذ العبد وما يملكه كان لمولاه فالظاهر من مولاه ان يمهله فان لم يمهله وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقا بالتراضي اوبقضاء القاضي بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة فليس الامهال فيه ظاهرا فلا يجوز حالا وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه وهو الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه ولا حجر بالنسبة الى النافع وخالفنا الشافعي رح فيه وهو اي هذا الخلاف منه بناء على مسئلة اذن الصبي فى التجارة فانه لا يجوّزه لانه ليس من اهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من اهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان رأيه ينجبر برأي الولي والتصرف نافع فيصح الاذن بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا يعقد بدونه حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع **قوله** ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها اليّ نجوما اول نجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على ان تؤديها اليّ نجوما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستأدي عبده الضريبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر واما قوله وان عجزت فانت رقيق ليس بلازم وانما ذكره لحث العبد على اداء المال عند النجوم والمكاتبة بدونه صحيحة ولو قال اذا اديت اليّ الفا كل شهر مائة فانت حر اختلفت الرواية في رواية ابي سليمان هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك فى المال ولا يجب المال الا في الكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة وفي نسخ ابي حفص رح قيل اي في رواية لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا اديت اليّ الفا في هذا الشهر فانت

فانت حر فانه لايكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلايكون كتابة **قوله** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج عن ملكه واذا صحت الكتابة لخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال الى مالكية نفسه التي يحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لوجنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر طويلا كان او غيره نهاه المولى عنه اولا لان مقصود المولى وهو اداء البدل قد لايتحقق الا بالسفر واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا من قوله عليه السلام المكاتب عبد مابقي عليه درهم ولانه عقد معاوضة كما مر ومبناه على المساواة وينعدم ذلك اى المساواة باعتبار التساوي ان تنجز العتق ويتحقق ان تأخر لانه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد ويثبت له في ذمته حق من وجه وهو اصل البدل وانما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذ المولى لايستوجب على عبده دينا ولهذا لايصح به الكفالة فلو ثبت العتق به ناجزا كما قال به ابن عباس رضي الله عنه على ما مر فاتت المساواة لايقال المساواة فائتة على ذلك التقدير ايضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه تباين المساواة لان نوع مالكيته ايضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا فان نجز المولى عتقه عتق بعتقه لا بالكتابة المتقدمة لانه مالك لرقبته فيجوز له اتلاف ملكه وسقط عنه بدل الكتابة لحصول مايقابله مجانا واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصها باجزائها

توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه اي على الوصول الى البدل من جانبه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان قابلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى اَنْ تَبْتَغُوْا بِاَمْوَالِكُمْ والزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولوكان الوطئ كاخذ المنفعة لتقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بايلاج واحد وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانها صارت اخص باجزائها *

فصل

فى الكتابة الفاسدة وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لايخفى على احد **قوله** واذا كاتب المسلم عبده جمع ههنا امورا يفسد عقد الكتابة عليها ذكر بعضها اصالة وبعضها استشهادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمرا وخنزيرا وعلى قيمة العبد نفسه او على ثوب او دابة او على ميتة او دم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فلانهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقه فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة * واما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل اولى على ما نذكره واذا عرف ذلك فان ادى الخمر والخنزير عتق سواء قال له ان اديت الي فانت حرا ولم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة رحمهم الله وقال زفر رح لايعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل فى الكتابة الفاسدة هو القيمة كما فى البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الاباداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا اي باداء قيمة نفسه لانه هو البدل معنى قال فى النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة على ما ذكره فى المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لايخص ابا يوسف رح

رح وان لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف رح وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما اذا كانت الكتابة على ميتة او دم فانه لا يعتق بتسليم عينهما الا اذا قال ان اديت الي فانت حر * وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الخمر والميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها ليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب رد رقبته لفساد العقد فيه وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وتجب القيمة بالغة ما بلغت لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية * ولعل المتصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضاء بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه وفي ما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء قيمته لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة لاستحقاق المسلم تسلمه ولم يذكر ان القيمة بماذا يعرف قيل يعرف باحد الامرين اما ان يتصادقا على ان ما ادى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب

والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق مالم يود اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان يفيد البطلان ولا يعتق باداء القيمة اجاب بقوله وانر الجهالة في الفساد اي لا في البطلان كما في البيع فانها تفسده ولا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق باداء ثوب كما عتق باداء القيمة اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب وتقريره الثوب عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين فان قلت فان ادى القيمة في ما اذا كاتبه على ثوب يعتق اولا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عند علمائنا الثلثة ان المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فانه لا يعتق العبد باداء القيمة ولا ينعقد هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على القيمة **قوله** وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز اذا كاتب عبده على شيء هو لغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالفرس والعبد اولا كالنقود فان تعين فاما ان يجيزه اولا فان لم يجزه فاما ان يملكه المكاتب بسبب واداه الى المولى اولا فذلك اربعة اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات

في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنى جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لامعقود عليه فلاتكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه **قوله** بخلاف الصداق في النكاح جواب من قوله فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق اولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل ومخلصه معلوم وان اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رح انه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة بان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة اولى لان مبناها على المسامحة * وقيل لانها لاتفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فيصير العين من اكسابه وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب اي في الجامع الصغير اشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره والجامع بين ما اجازه المالك وبين مالم يجزه ان عقد الكتابة فيما نحن فيه لايفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه اي ملك المكاسب وفي بعض النسخ لانها اي المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف يثبت للحاجة الى الاداء منها ولاحاجة الى الاداء منها انما اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسئلة فيه اي فرض المسئلة في ذلك على ما بينا ان مراده شيء يتعين بالتعيين وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز ذلك اولم يجز غيرانه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذالم يجزه وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك المكاتب ذلك العين بسبب واداه فعن ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف رح عنه وروي

من ابي يوسف رح ايضا انه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف رح انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على عين معين في يد المكاتب سوى النقود ففيه روايتان في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره وقد ذكر وجه الروايتين في كفاية المنتهي ولم يذكره ههنا لطوله وذكر بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز * ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم او دنانير في يد العبد بان كان مأذونا بالتجارة فاكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة **قوله** واذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكل ما يصلح بدلا يصلح مستثنى من البدل وهو الاصل في ابدال العقود وقالا بالموجب اي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه تركي او هندي ولا الوصف انه ردي او جيد جازت وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس وقدره ابو حنيفة رح في العبد بما قيمته اربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان

لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة ان ينصرف الى الوسط كما في الزكوة والدية والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر على قبول القيمة لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف بها وقد مر في النكاح فصار كانه اتى بعين المسمى * وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لان مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو قال كاتبتك الى الحصاد او الدياس او القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر رضي الله عنه اجاز الكتابة على الوصفاء وهي جمع وصيف وهو العبد للخدمة وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع في ان تسمية البدل شرط فيها كما هي فيه شرط والبيع مع البدل المجهول او الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتدائها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء وفي ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار * وان لم يبين جنسه مثل ان يقول دابة او ثوب لم يجز الكتابة لانها يشمل اجناسا وكذلك الثوب فتفاحش الجهالة واعترض على المصنف رح بان شمول اللفظ الاجناس ان منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد صحة فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني

على المساحة كالكتابة والنكاح **قوله** واذا كاتب النصراني عبده واذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم تمليك الخمر لان الفرض ان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمي خمرا ثم اسلم الذمي فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيع بحال ففسد وتصح في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف اي عبد للخدمة واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء اسهل من الابتداء * وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشائخ قال ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في البيع **قوله** واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم يجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر عتق لما بينا في اول هذا الفصل انه اذا ادى الخمر عتق وقال زفر رح لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرتاشي انه ان ادى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان والفرق على احديهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق ان في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر

الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى اخراجها من البدلية وانما بقيت بدلا عتق باداءها

باب مايجوز للمكاتب ان يفعله ومالا يجوز

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان مايجوز للمكاتب ان يفعله ومالا يجوز له فان جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح **قوله** ويجوز للمكاتب البيع والشراء قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه فكأنه اعادها تمهيد القوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ببيانه ثمه وجه الاستحسان ان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على وجه الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه لحصول ماهو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع اجاب بقوله وصح العقد يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا مقابلة فلا يفسد به الكتابة وهذا اي هذا التفصيل لان الكتابة تشبه البيع من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل واحتمالها الفسخ قبل الاداء وتشبه النكاح من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه النكاح وببطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة كذلك

لانه لا يحصل للمكاتب شيء وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتاق لدخوله في الكتابة وهي اعتاق وهذا الشرط يختص به فهو داخل في الاعتاق والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة **قوله** والتزوج ليس وسيلة اليه الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود ومقصود المولى يحصل من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للايفاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا اذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم ولا يهب ولا يتصدق المكاتب الا بالشيء اليسير وكلامه فيه ظاهر * والمجاهز عند العامة هو الغني من التجار وكأنه اريد منه المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرّف الى المجاهز كذا في المغرب ولا يتكفل لما ذكر فلا يملكه بنوعيه يعني في الحال سواء كان بامر المكفول عنه او بغير امره لان الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى ادى صار مقرضا بما ادى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفالته ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لاينافي ذلك ولا يضره اجيب بانه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذي يحصل به المال وقوله وان زوج امته جاز ظاهر وقوله ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئا جاز ان يملكه غيره كالمعير يعير بخلاف الاعتاق على مال فانه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما وجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على اداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز **قوله** فان ادى الثاني يعني ان ادى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل اداء الاول عتق الثاني لتحقق شرط عتقه وولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى الاول بمنزلة

بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الاول كان الثاني ملكا للمولى كالاول ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستيمان على مواليه فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية لكونه رقيقا اضيف اليه اي الى المولى لكونه علة العلة كالعبد اذا اشترى شيأ فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا مباشرة حكما لما ان العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتاق والولاء لاينتقل عن المعتق مباشرة * وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جر الولاء فان ثمه مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الام * والاصل ان الحكم لايضاف الى المسبب الاعند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فيجر الولاء الى قوم الاب وان ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان المباشر من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له **قوله** وان اعتق عبده على مال قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله واما الثالث فنقيض له لان من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله وان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال **قوله** وكذلك الاب والوصي ظاهر وقوله ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا اما في تزويج الامة فلما مر آنفا واما في الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقا فربما كان العجز بعد اداء النجوم وذلك لاشك في كونه نظرا وقوله فاما الماذون له فظاهر وقوله وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض ذكر في بعض الشروح ان المفاوض يجوز له ان يكاتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله هو يعني ابا يوسف رح قاسه

على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان يزوج الامة فكذلك المأذون له واعتبره بالاجارة اي اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له جاز ان يوجر عبده وامته فكذا يجوز له ان يزوج امته وقاسه واعتبره متراد فان * وقيل استعمل القياس بين العينين اي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين اي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه اولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الامن حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته ولهما وهو الفرق بين المأذون له والمكاتب ان المأذون له يملك التجارة وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة ذلك والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه اسم لما يوصل به الى المال وبالتزويج يصل المولى الى المهر فكان اكتسابا وقوله ولانه اي التزويج دليل آخر ومعناه ان اعتبار التزويج بالكتابة لانهما مبادلة مال بغير مال اولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال ولهذا اي ولان التزويج ليس من الاكتساب لا يملك هؤلاء اي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب كلهم تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال *

فصل

لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية ومايتبعها والتبع يتلو الاصل **قوله** واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته تقديم الاب في الذكر ههنا على ابنه للتعظيم واما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن متقدم على الاب سواء كان مولودا في الكتابة او مشترى والمولود مقدم على المشترى فان المولود يظهر في حقه جميع احكام الكتابة بطريق

بطريق التبعية وانه يحرم بيعه حال حيوته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يحرم بيعه حال الحيوة ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يمكن من السعاية اي نجوم الاب ليظهر نقصان حاله من المولود في الكتابة في التبعية واما الاب فانه يحرم بيعه حال حيوة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا مؤجلا * وانما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما ان كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فان قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فاذا اعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه اجيب بان المشتري تبع من كل وجه فلا معتبر به في امر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة واما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه * ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولاد دخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من اهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحرية في حق الحرية ولابي حنيفة رحمه الله ان للمكاتب كسبا لا ملكا لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفي للصلة في الولاد لا في غيره الا ترى ان القادر على الكسب يجب عليه نفقة الولاد ولا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه اي قرابة الاخوة ونحوها بين القرابة البعيدة من بني الاعمام والقرابة القريبة وهي الولاد والمتوسط بين الشيئين يأخذ شبها من كل منهما فالحقناها بالثانية اي القريبة في العتق حتى اذا ملك الحر اخاه عتق عليه كما اذا ملك والده او ولده وبالاولى اي البعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من العكس

لانا لو الحقناها بالولد في الكتابة وجب علينا ان نلحقها به ايضا في العتق لانه اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه و اذا اعتق ليس له ذلك وفي ذلك ابطال لاحد الشبهين و اعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما

قوله و اذا اشترى ام ولده امرأة المكاتب اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه و سلم اعتقها ولدها و ان ملكها وحدها فكذلك عندهما لانها ام ولده خلافا لابي حنيفة رحمه الله له ان القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على اداء جميع البدل فان ادى عتق و ما فضل معه فهو له و ان عجز عاد هو و ماله للمولى و كل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ و ما يقبل الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان ما لا يقبله اقوى من الذي يقبله و الاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه يثبت هذا الحق و هو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه و بدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء و القياس ينفيه ولقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكره في اول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم و انما هو من باب الاستحسان بالاثر و هو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد وان ولد للمكاتب ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى يعني في اول الفصل حيث قال لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق واعترض بان المكاتب لا يملك التسري فمن اين له ولد من الامة حتى يدخل في الكتابة واجيب بان معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطئ امته لكن ان وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد

لاحد الشريكين وطئها لكن ان وطئها فولدت وادعاه يثبت النسب * قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب قال الولد ولده والجارية ام ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب بماله من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر فبقيام الملك له في نصفها ههنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ويثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد قوله وكان حكمه كحكمه اي حكم الولد حكم المكاتب وكسبه له اي كسب الولد لوالده لان كسب الولد كسبه اذ الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بنسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فصار من الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق تسري الى الاولاد فقوله مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الآبقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الآبقة غير مؤكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجانية فان الامة اذا اتصفت بهما امتنع بيعها الا مقرونا بشيء لكنه ليس بمؤكد فقولهم الاوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احتراز عن السواد والبياض والطول والقصر فانها لا تسري واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع امه **قوله** ومن زوج امته من عبده هذا ايضا بناء على ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا كان الولد داخلا في كتابة الام وكسبه لها قوله لان تبعية الام ارجح اشارة الى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما وكسبه لها اي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الصحيح لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام ارجح لانه جزء منها حتى يتبعها ... **قوله** وان تزوج المكاتب بامر مولاه امرأة زعمت انها حرة

فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اولادها احرار بالقيمة لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد حر هكذا في المبسوط * وفي شروح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد عنده بتأخر اداؤها الى ما بعد العتق واليه اشار المصنف رحمه الله بقوله لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الى آخره ثم اذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لان الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة رضي الله عنهم وقد قررناه في التقرير وهذا اي ولد المكاتب ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فكان المانع من الالحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير فيبقى على الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب امة فوطئها بغير اذن المولى او باذنه لكنه قال بغير اذنه ليتبين منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة من غير تأخير الى الاعتاق وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق فيما اذا كان بغير اذنه وحكم المأذون له كذلك فنا كان او مدبرا والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة اوجبت الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح *

فصل

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل واذا ولدت المكاتبة من المولى وذلك بان ادعاه فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له سواء صدقته انه ادعى او كذبته لان المولى حقيقة الملك

الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق * وانما تتخير لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءت به لستة اشهر او لاكثر وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها من غيره قصدا فلان يملك ذلك ضمنا للدعوة بالطريق الاولى **قوله** وماله من الملك دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى *ويندفع به ما عسى ان يتوهم ان ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا يصح دعوته لان ملكه فيها اقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه فلان يثبت من المولى اولى * فان اختارت الكتابة ومضت عليها اخذت العقر من مولاها اي مهر مثلها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا يعني قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة ثم ان مات المولى يعني بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة على ما نذكره فان قيل وجب ان لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة اجيب بان الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلثا بطل فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط وان ماتت هي وتركت مالا تودي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر وهي ماضية على الكتابة لم يلزم المولى بالسكوت لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن محرم الوطئ وهذه محرم وطئها فلا بد من الدعوة وباقي كلامه ظاهر **قوله** واذا كاتب المولى ام ولده جاز واذا كاتب المولى ام ولده جاز لان الكتابة ليتوسل

بها الى ملك اليد فى الحال والحرية عند اداء البدل وحاجة ام الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزا لا يقال احدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل وعورض بان مالية ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة رح فكيف يقابلها بدل متقوم واجيب بان ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في اول الحال ولرفع الثاني فى الثاني والملك يجوز ان يقابل ببدل متقوم وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصة الآخرين بالمال فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا اعتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب يعتق الاولاد ويخلص لها الاكساب ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا واولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده ويخلص له ما بقي من اكسابه وحيث احتجنا ههنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له فى الثاني دون الاول صرنا اليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل للثانية بالاولى وللاولى بالثانية فتامله فلعله سديد ولو ادت المكاتبة بالنصب اي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو ادت الكتابة وهو يتقديرمضاف قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية **قوله** وان كاتب مدبرته وضع المسئلة مناسبة لماتقدم من ام الولد ووضعها

وضعها في المبسوط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم فان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة وفي جميع بدل الكتابة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد اوضح كلامه فنتعرض لبعضه زيادة ايضاح قوله فتخيرت لان في التخيير فائدة وان اتحد الجنس لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا **قوله** وجب عليها احد البدلين فتختار الاقل اعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجزّ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها لا غير واجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فنبقيها لذلك فلربما يكون بدلها اقل فيحصل النظر بوجوبه **قوله** انه قابل لبدل بالكل لانه اضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها كالقنة فيصير كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث بالتدبير فيسقط ما قابله من البدل والا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هذا خلف باطل وقوله فصار كما اذا أُخر التدبير عن الكتابة وصورته ان يكاتب عبده اولا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا اي مكشوفا بينا لا يخفى على احد لان اخراجها عن الملك بغير الاعتاق غير صحيح فان اعتقها خرج هما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن مال يخرج من ثلثه فقد استحقت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا والظاهر البين ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته فتعين ان يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ولقائل ان يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا ادت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب انه لا يلزم على ابي يوسف رح لانه لا يقول بتجزي الاعتاق واما

على قول ابي حنيفة رح فالجواب ما مرانا حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظران يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظراله وقوله اذلا استحقاق عنده اي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا اعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة **قوله** وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا انه تلقتها جهتا حرية ولها الخياران شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة من جانب المملوك لان النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة واذا عجزنفسه كان كل ذلك على المولى فلها ان يدفع عن نفسه ذلك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رح وعندهما في الاقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا من تجزي الاعتاق واما المقدار فمتفق عليه ومحمد رح مار على اصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا ان البدل ههنا مقابل بالكل الى آخره **قوله** واذا اعتق المولى مكاتبه واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة بناء على ان ماكان وسيلة الى تحصيل شئ وحصل ذلك الشئ من جهة اخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا يقبل الفسخ اجاب بقوله والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ برضاء العبد واللزوم كان لتعلق حقه فاذا رضي بالفسخ فقد اسقط حقه كما لو باعه المولى او آجره برضاه والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل فانه اذا رضي به ببدل فبلا بدل يكون ارضى وقوله مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقها اشارة الى جواب ما عسى ان يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له وقد يكون الاكساب كثيرة يفضل بعد اداء البدل منها جملة * ووجهه ان الاكساب سالمة له لانا نبقي الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظراله وحينئذ صار الظاهر

الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحربين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير الف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على اداء البدل الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا وكان اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمه ربوا وفيه بحث لان المال ما يتمول به وهو يعتمد الاحراز وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فاعطي له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى * اما لفظا فلان اعطي متعد الى مفعولين بلا واسطة وقد استعمله باللام * واما معنى فلانه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجه فان اراد بقوله فاعطي له حكم المال حكم المال من كل وجه فات الاعتدال اذ الدين مال من وجه وان اراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل والجواب ان ما ذكرتم ان المال ما يتمول به ويحرز صحيح اذا كان مالا من كل وجه وليس ما نحن فيه كذلك وانما المراد به ههنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن اعطي معنى اعتبر ومعناه اعتبر للاجل حكم المال فان الشيء يجوز ان يكون جهته في شيء ولا يكون معتبرا فبين بانه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب **قوله** ولان عقد الكتابة وجه آخر للاستحسان وتقريره ان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم ان له شبها

بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه يمينا والاجل ربوا من وجه ففيه شبهة الربوا وشبهة الربوا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوالان الاجل فيه شبهة لا شبهة شبهة **قوله** واذا كاتب المريض عبده على الفين واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الاجل لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يردوه دفعا لضرر تأخير حقهم الى مضى الاجل عن انفسهم فان المكاتب يؤدي ثلثي الالفين حالا والالف وثلثماية وثلثة وثلثون درهما وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزائد على قيمته ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه وصار ذلك كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولو قال لان له ان يترك الزيادة وثلث الالف فله ان يؤخرهما كان احسن فتأمل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة بدليل جريان احكام الابدال من جواز المرابحة على الالفين وجواز الحبس على المماطلة والاخذ بالشفعة فانها تتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل لان المبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يخير المشتري بين اداء ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى يعني الدليل من

من الطرفين وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر وهو اسقاط الف درهم والتأخير وهو تأجيل الالف الاخرى فاعتبر الثلث فيهما جميعا اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التأخير *

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء ان يكون لنفسه **قوله** واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب * واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق ما للعبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه باداء هذا القائل وموقوف على اجازته في ما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر * وجه الاستحسان انه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق اي في توقف العتق على اداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد قيل ما الفرق

بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز في ماله وفي ما عليه وههنا لايتوقف في ماله والجواب ان ماله ههنا اسقاط وهولايتوقف على القبول وما عليه الزام وهويتوقف عليه ولوادى الحرالبدل لايرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هومضطر في ادائه وهل له ان يسترد ما ادى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قوله واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحسانا والقياس ان يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره اوزوج امته وامة غيره وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها لان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لواعتق الاولاد لم يسقط من البدل شيء ويعتق الاولاد اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولايعتق العبد الغائب واذا اعتق الغائب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على الحاضر حصته لاغير ولايلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب ان ما ذكرت يجوز ان يكون وجها للقياس واما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في ان يكون فيه جهة اصالة اولا تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب ولاشتماله على المسامحة واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر وله اي فللمولى ان يأخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه وهذا يدلك على ان النظر في مجرد التبعية لامعتبر بجهة الاصالة في انعقاد

في انعقاد العقد عليه **قوله** وايهما ادى متقا تكرار لانه قال في اول المسئلة فان ادى الشاهد
او الغائب متقا لكنه اعادة تمهيد القوله ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل
عليه واما الغائب فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه
الاستحسان ان له فيه منفعة لانه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا ادى المرتهن
لفكاك عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين
عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله لا يرجع والغائب
متبرع به غير مضطر اليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل الغائب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن
مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما ادى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب انه كهو في
جواز الاداء من غير دين عليه لا في الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل
وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية ان يحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى
خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤده فكان مضطرا اجيب بانه
متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به وليس للمولى ان يأخذ الغائب بشيء لما بينا انه
فيه تبع فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد وان رده
الغائب لا اثر لرده وقبوله في ذلك لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب
فلا يتغير بقبوله فليس للمولى ان يأخذه بشيء من بدل الكتابة كمن كفل عن غيره بغير امره
فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامة الكتابة عن
نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز وانما وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد
والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز
ذلك في الامة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف للامة وايهم ادى لم يرجع
على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها
تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وذلك ان الام ان ادت فقد ادت دينا على نفسها او كل

من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لارجوع فان قيل اذا ادى احدهما ينبغي ان لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما اذا ادى كان اداؤه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما قيل وهذه فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى **قوله** وهي اولى بذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي اولى * اقول لعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشائخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي واری انه الحق *

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين **قوله** واذا كان العبد بين شريكين اذا اذن احد الشريكين لصاحبه ان يكاتب نصيب نفسه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما ان يعتبر فيها معنى المعاوضة او معنى الاعتاق او معنى تعليق العتق باداء المال ولو وجد شيء من ذلك من احد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ فمن اين للكتابة ذلك واجيب بان الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز ان يكون لها حكم يختص بها وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر بيطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف

وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة يقبل الفسخ ولهذا تنفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضي وانتفى المانع * واما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه * والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ اما الاعتاق فظاهر واما التعليق فلانه يمين **قوله** واذنه له بقبض البدل بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك لانه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب فيصير الآذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز ان يكون ضمير عليه للعبد اي فيكون الآذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري اجيب بان المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الآذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبداله من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده ولهما ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف وهو اي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الاكساب وكأن المصنف رح مال الى قولهما حيث اخره **قوله** واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته ايضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد كلها للاول بطريق التبيين لانه لما ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيها

وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا تنفسخ الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله ظاهرا لان الظاهر ان تمضي على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة اما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف واما بالنظر الى الحقيقة فيلزم كمال العقر لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند ابي حنيفة رحمه الله لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها اجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء * وقيل عن ابي حنيفة رحمه الله في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احديهما فكان حرا بالقيمة وايهما دفع العقر الى المكاتبة يعني قبل العجز جاز لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرناه كله

كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول وهي
مكاتبة له تعتق باداء البدل الى الاول ولا يجوز وطئ الآخر لانه لما ادعى الاول الولد
صار كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد
طلب الولد وانه يقع بالعقل والفعل لا يتجزى فكذا ما يثبت به ولهذا يكمل في القنة بالاجماع
وقد امكن ههنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ تكميلا للاستيلاد في مالا تتضرر به المكاتبة
وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيها نفع حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع
والهبة ويبقى الكتابة في ما وراءه اي في ما وراء مالا تتضرر وهو كونها احق باكسابها
واكساب ولدها **قوله** بخلاف التدبير جواب عن قياس ابي حنيفة رح المتنازع فيه
على المدبرة المشتركة بينهما * ووجهه انا قد قلنا ان امومية الولد تستكمل ما امكن ولا امكان
ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة
المشتركة بينهما صح استيلاده * وقوله وبخلاف بيع المكاتب قيل هو جواب عما يقال هلا
فسختم الكتابة في ضمن صحة البيع في ما اذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة
الاستيلاد ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو
ابطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح * ويجوز ان يكون بيانا
لقوله ويبقى الكتابة في ما وراءه فان البيع وراء ما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فيبقى
الكتابة كما كانت **قوله** واذا صار كلها ام ولد متصل بقوله صارت كلها ام ولد له * وتقريره انه لما
ادعى الاول صارت كلها ام ولد له واذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير
فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي
شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابوحنيفة رحمه الله او انها تبقى مكاتبة بينهما
في ما تتضرر به بالاجماع على ما ذكرناه ولا حد على وطئ مكاتبته ويلزمه
جميع العقر لان الوطئ لا يعرى عن احدى الغرامتين وقوله واذا بقيت الكتابة متصل

بقوله ويبقى الكتابة في ماوراءه وتقريره ويبقى الكتابة في ما وراءه واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له اي للاول قيل وهو جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت في ما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول ابي منصور رح وقيل يجب عليها كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله وفي ابقائه يجوز ان يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ في ما لا يتضرر به المكاتب وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب ان تنفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل نظر اللمولى وان كان لا يتضرر المكاتب بسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت الى الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا في تعليل ابي حنيفة رحمه الله

قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف رحمه الله موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن * قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد ملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف رح يضمن

يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة و على قياس قول محمد رح يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه **قوله** واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطئ فتبين انه اي التدبير صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه بخلاف النسب فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطئ منه لانه يعتمد الغرور لا الملك وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه فكمل الاستيلاد على ما بينا يعني في تعليل قول ابي حنيفة رح وهو قوله وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال و يضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة و نصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ووجهه ما بينا اي في تعليل القولين اما طرف ابي حنيفة رح فقد ذكرنا آنفا من قوله وتبين ان الجارية الى آخره واما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صار كلها ام ولد له الى آخره **قوله** وان كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رح وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق صارت كأنها لم تزل قنة والجواب فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن على هذا الخلاف في الرجوع فان عند ابي حنيفة رح اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وفي الخيارات عند ابي حنيفة رحمه الله الساكت مخير بين الخيارات الثلث ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها يعني الولاء وترديد الاستسعاء فان عند ابي حنيفة رح

مايؤديه فيه من الوظيفة و اذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال غائب يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلثة نظرا للجانبين والثلثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة انه يؤخر يوما او يومين او ثلثة لايزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير * والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هَذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلثة ايام والمديون بالجر عطف على كامهال يعني اذا اثبت على رجل مالا فقال المدعى عليه امهلني يوما او ثلثة ايام فانه يمهل ولا يزاد عليها فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط فلا يوجد بدونه ولقائل ان يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد الوجود عند الوجود فقط والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لاينزل عند احدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق ولان عقد الكتابة عقد ارفاق مبناه على المسامحة حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا ارفاق في الطلب عنده فلابد من امهال مدة ارفاقا واولى المدد لذلك ماتوافق عليه العاقدان فاذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال الآن تحقق العجز من ادائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل الذي اتفق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز وهذا اي كون العجز سببا للفسخ لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه والضمير في يفسخ يجوز ان يكون للمولى اي فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا

راضيا وان يكون للقاضي اي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به او يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا **قوله** والآثار متعارضة جواب عن استدلاله باثر علي رضي الله عنه وبيان ذلك انه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار الى ما بعدها من الحجة فبقي ما قاله من الدليل بقوله ان سبب الفسخ قد تحقق الى آخره سالما من المعارض لان دليل ابي يوسف رح خطابة لا يعارض المعقول فيثبت الفسخ به **قوله** فان اخل بنجم عند غير السلطان المراد بالاخلال ههنا ترك اداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في ادائها فاذا اخل بهذا التفسير بنجم عند غير السلطان اي القاضي فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده تام ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك ففسخه يحتاج الى الرضاء او القضاء كالرد بالعيب بعد القبض وقد تقدم ان فيه رواية اخرى ان الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء احكامه فشبه بهذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وكسب العبد لمولاه وانما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه او على مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه وقد زال التوقف * فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء

حيوته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رح تبطل الكتابة بموت عبدا وما تركه فهو لمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد الممات مقصورا او قبله اوبعده مستندا الى حال حيوته لاسبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بدله من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق وعليك باستحضار القواعد الاصولية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان اصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان ان هذا النص في الحال معلول وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بملائمته للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور اثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعاء الاضافة الى المختص في هذا الموضع وامثاله فان يسر الله تعالى عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز المعظم قدره والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة الذين ظهر عند ذوي التحصيل عذره فالحق بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم في الحيوة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا **قوله** بل اولى يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك

ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضي والمانع اما المقتضي فلان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه واما المانع فلان الموت انفى للمالكية منه للمملوكية فان المملوكية ضعيف والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفى المالكية ضرب قوة والموت ينافيها فينزل حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا فى الثلث او تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط اجاب المصنف رح بقوله ويكون اداء خلفه كاداءه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق مقدم على الاداء بل يقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم ان المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد **قوله** وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه ان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء كما لو ترك وفاء واما الولد المشترى فكالمولود فى الكتابة عندهما وقال ابو حنيفة رح قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا هما اعتبراه بالمولود بجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له في اكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة رح فرق بين الفصلين على ما ذكره فى الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب في آخر جزء من اجزاء حيوته بطريق الاستناد ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك الوقت لانه تبع لابيه فى الكتابة فيكون ذلك توريث حر من حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة يعني آخر جزء

قالوا على قول ابي يوسف رح لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا وههنا سؤال مشكل وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فانى يتحقق تبدل الملك واجيب بان ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا بتبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لانسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا **قوله** واذا جنى العبد فكاتبه مولاه اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته اما الاول فلعدم علمه بالجنايه واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والفداء لان هذا اي احد هذين الامرين موجب جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك الا لمانع فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمانع منه حال الكتابة قائم اما عن الفداء فلما مر من عدم العلم واما عن الدفع فلتعذره بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اي وكما مر من عود الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقض به اي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به اي بموجب الجناية عليه اي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو اي ماقضي به من موجبها دين في ذمته يباع فيه اعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطاء فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية الا ترى ان في جناية المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن ارش الجناية لانه احق بكسبهما هكذا

هكذا ذكره الكرخي وغيره واذا علمت هذا ظهر لك ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي صيانة للقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع اليه ابو يوسف رح وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الآن يقضي المولى عنه وهو قول زفر رح لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من ارش الجناية ولنا القول بالموجب وهو انا سلمنا ان المانع من الدفع قائم ولكن الكلام في انه قابل للزوال اولا ولا شك في قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رح ان جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على القضاء او الرضاء فما وجه اخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي فصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة **قوله** واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة لان الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرأ حقه لافضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنفسخ كيلا يؤدي موته الى ابطال حق غيره ويقال له اد المال الى ورثة المولى على نجومه اي مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير * وهذا لان المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتأجيل الكل كاسقاطه بخلاف ما اذا كان مريضا

وكاتب فان المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كاسقاطه **قوله** الا ان الورثة يخلفونه استثناء من قوله ولا يتغير قبل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغيرا في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكما ان سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيرا فكذلك دين الكتابة فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق فيما لم يملكه ابن آدم وان اعتقوه جميعا عتق استحسانا وجه القياس ما ذكرناه من عدم الملك وجه الاستحسان ان يصير اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه لجريان الارث فيه واذا بري المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابرأه مولاه فان قيل فاجعل اعتاق احد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض البدل او ادائه لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو ابراء المورث عن بعض البدل لم يعتق شيء منه واذا لم يمكن اثبات المقتضي لا يثبت المقتضى فلا وجه لابراء البعض وكذلك الى ابرء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم المكاتب الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل **قوله** الولاء نوعان تنوع الولاء باختلاف السبب الى نوعين فالاول ولاء العتاقة ويسمى ولاء نعمة اقتفاء بقوله تعالى واذ تقول

(كتاب الولاء)

تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي بالاعتاق وهو زيد وسببه العتق على ملكه في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول اكثر اصحابنا ان سببه الاعتاق استدلالا بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وانما كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولى لعمومه * والثاني ولاء موالاة وسببه العقد على ما سنذكره قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة بيان لسبب النوعين فان كلا منهما يضاف الى شئ والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي وقوله كانت العرب تتناصر باشياء بيان وجود التناصر فيهما فان العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف والممالحة وقد قرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف **قوله** واذا اعتق المولى مملوكه اذا اعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ووجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو المصدر الثلاثي وهو العتق **قوله** ولان التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصرة يغرم عقله والمولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا يرى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن احيى غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء ولانه يثبت انه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم فقوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا اخره

قوله وكذلك المرأة تعتق يعني ان ولاء معتقها لها لما روينا من قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وقوله ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما معطوفة على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة * روي ان بنت حمزة اعتقت علاما لها ثم مات المعتق وترك ابنة فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي في ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره والعتق بقرابة اوكتابة عند الاداء او تدبيرا واستيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء او بجهة الواجب ككفارة اليمين وما اشبهها لاطلاق ما ذكرناه يعني قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وما ذكره من المعنى المعقول فان شرط انه سائبة اي يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح **قوله** واذا ادى المكاتب كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسئلة جر الولاء وميز مواضع الجر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع على الولد مقصودا لا ينتقل ولاؤه ابدا وان وقع تبعا لامه ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا اعتق الرجل امة وولدها معا وولاءهما له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق يتناوله مقصودا فلا يتبع احدا واذا اعتقت الام وهي حامل او اعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر او ولدت احد التوأمين لاقل من ستة اشهر بيوم ثم اعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى مولى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من ستة اشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت احد التوأمين لانهما يتعلقان معا فان قيل الحبلى اذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولاء الولد لمولى الاب فما الفرق اجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصود الان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له واذا اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاءه لمولى الام لانها لما

لما ولدت كذلك لم يتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت ضرورة عدم اهلية الاب لرقه فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب اليه ونوقض قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام ولم ينتقل عنهم وان عتق الاب والجواب ان العود اليه بعود الاهلية ولم تثبت بهذا العتق للاب اهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطيء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل ان لايكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لاينتقل ولاؤه كما تقدم * وتبين من هذا انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق واما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان واما في الرجعي فولاء الولد لموالى الاب لتيقننا بمراجعته وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح **قوله** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب تزوج مسلم من العجم لم يعتقه احد معتقة العرب فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واموالهم

لهم لا لذوي ارحامه حتى لو ترك هذا الولد عمة اوخالة لم يكن لهما شيء في وجود معتق الام وعصبته وعند ابي يوسف رح حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وانما يورث ماله بين ذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالي امه لان النسب الى الآباء فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب ان يستوي الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد هالك معنى لانه لا يملك شيئا ولانه اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى اومن كان ميتا فاحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا اب له فينسب الى موالي الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حيوة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ماذكره في الكتاب ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبرونها في الكفاءة فمن له اب واحد في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له اب واحد في الامارة كفوا لمن له ابوان في ذلك قال المص رح الخلاف في مطلق المعتقة وانما قال ذلك لان محمدا رح ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان وضع القدوري في معتقة العربي اتفاقيا وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان ان محمدا رح ذكر المعتقة مطلقا ولاشتماله على ولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب **قوله** كالمولود بين واحد من الموالي يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت اولادا فانها تنسب الى قوم ابيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة **قوله** وان كان الابوان اي الوالدان معتقين راجع الى اول الخلاف يعني اذا كانت الام معتقة والاب والى رجلا ففيه الخلاف واما اذا كان الوالدان معتقين فقد اجمعوا ان النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في

(كتاب الولاء)

قوله اكثر في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء ولان النصرة به اي بالاب
وولاء العتاقة تعصيب التعصيب هو جعل الانسان عصبة ومنه قولهم الذكر يعصّب
الانثى وهو اي مولى العتاقة احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي
اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك
فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته قوله هو اخوك يعني
في الدين وقوله ان شكرك بالمجازاة على صنعك فهو خير له لانه انتدب لما ندب اليه
وشر لك لانه اوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينقص بقدره من ثواب الآخرة وان
كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله لك في الآخرة وشر له لانه كفر النعمة
وقوله كنت انت عصبته يدل على ان المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه
وورّث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام
وارث هي بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى بنت الميت النصف والباقي
لبنت حمزة رضي الله عنهما والعصبة هو الذي تأخذ ما ابقته الفرائض واذا كان عصبة يقدّم على
ذوي الارحام وهو المرويّ عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب
فهو اولى لان المعتِق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك وارثا وارث
عصبة استدلالا باشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني
اي بحديث بنت حمزة رضي الله عنهما فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام **قوله** وان
لم تكن له اي للمعتق عصبة من النسب فميراثه للمعتِق وتأويله اي تأويل قول القدوري
اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه وذكروا لهذه
الجملة تأويلين احدهما ان معنى قوله صاحب فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب
والجدّ فان لهما حالا سوى حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فله اي لمثل هذا
الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتِق شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنت اما

اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث * قال صاحب النهاية والثاني اوجه لانه علّل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة علی ما روينا وهو اشارة الی قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وقوله وهذا اشارة الی قوله لانه عصبة يعني انما كان عصبة لان العصبة من يكون التناصر به ليثبت النسبة اي القبيلة وتقريره العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالموالي يكون الانتصار علی ما مر في اوّل كتاب الولاء وهو قوله وكان العرب تناصر باشياء وقرّر النبي صلی الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله والعصبة تأخذ ما بقي تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة تأخذ الباقي فان مات المولی ثم مات المعتق فميراثه لبني المولی دون بناته كما ذكره في الكتاب وقوله ما قدمناه اشارة الی قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الی ان قال جرّ الاب ولاء ابنه وقد ذكر جرّ المعتق ومعتق المعتق في النهاية ناقلا عن الذخيرة فليطلب ثمه **قوله** ولان ثبوت المالكية دليل معقول علی ثبوت الولاء لمن اعتق او اعتق من اعتق * وتقريره لان ثبوت المالكية والقوة في المعتَق من جهة المعتِق وهو ظاهر وكل من يثبت من جهته شيء ينسب اليه لانه علته اذ ذاك فثبوت المالكية ينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الی مولاه الان معتق المعتق ينسب الی معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانّه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا علی بني المولی بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتی يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من يكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث حتی لو ترك المولی ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت عن اب وابن ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف رح اولاً ثم رجع فقال

فقال لابيها السدس والباقي للابن لان الابوة يستحق بها كالبنوة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصر محروما عن ميراثها به فكذا عن ميراث معتقها * ولهما ان اقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفرضية دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه اباابيه واخاه لاب وام اولاب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة رح لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده اقرب في العصوبة ولو ان امراة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصوبة الا ان عقل جنايه المعتق علي اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها وجنايتها علي قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها ولو ترك المولي ابنا وبني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكُبر هو المرويّ عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن علي ما قالوا الا يرى ان المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفان لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبيّ اقرب فيستحق الجميع *

فصل في ولاء الموالاة

اخّر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقه لان ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان اقوى بخلاف ولاء الموالاة فان للمولي فيه ان ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا وصورة هذا الولاء ان يتقدم رجل ويسلم علي يد رجل ويقول له او لغيره واليتك علي اني ان متّ فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلي عاقلتك وقبل الآخر منه وله

ثلث شرائط * احدها ان يكون مجهول النسب بان لاينسب الى غيره امانسبة غيره اليه فغير مانع * وثانيها ان لايكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه * وثالثها ان لايكون عربيًّا فان قيل من شرط العقل عقل الاعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلثا اجيب بان المذكورة انما هي الشرائط العامّة المحتاج اليها في كل واحد من الصور واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره * واما حكمه فهو وجوب العقل على ما قلة الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق ميراثه اذا مات من غير وارث وكلامه في الفصل واضح لايحتاج الى تفسير خلا قوله فان كان له وارث فهو اولى منه وان كان من ذوي الارحام فانه اورد عليه بانه ينبغي ان يكون الثلث للمولى كما لو اوصى بكلّ ماله لآخر وله وارث معروف واجيب بانه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الوراثة ذو القرابة ارجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وانّ اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعاً ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لانه ما اوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه وخلا قوله الا انه يشترط في هذا ان يكون بحضرة من الآخر كما في عزل الوكيل فانه اورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرّر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مرّ في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب بان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد بينهما وفي تفرّد احدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه والزام شيء على الآخر من غير علمه به ففيه ضرر لامحالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله بدون علمه

علمه وخلافوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح وحكما يصح كما لو اعتق العبد الذي وكله ببيعه فانه اورد عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول ذكر ذلك كله في النهاية *

كتاب الاكراه

قيل الموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة اكل مال المولى الاسفل بعد موته الى حله كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة * وهو في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اي حملته على امر يكرهه و في اصطلاح الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون مع فساد اختيار او مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضاء وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد به اختياره فذلك انواع الاكراه الثلثة وموضعه اصول الفقه وقوله مع بقاء اهليته اشارة الى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا * واما شرطه وحكمه فيأتي في اثناء الباب قال الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به شرط الاكراه حصوله من قادر على ايقاع المتوعد به سلطانا كان او لصا وخوف المكره وقوعه بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير بالاكراه محمولا على ما دعي اليه من المباشرة فاذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجيء تفصيله ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص لان تحققه

يتوقف على خوف المكره تحقق ما توعد به ولا يخاف الّا اذا كان المكره قادرا على ذلك
والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان عندهما والذي قاله ابوحنيفة رح ان الاكراه
لايتحقق الّا من السّلطان لما ان المنعة له والقدرة لا يتحقق دون المنعة فقد قال المشائخ رحمهم الله
هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان مناط الحكم القدرة ولم تكن في
زمنه الّا للسّلطان ثم بعد ذلك تغيّر اهل الزمان **قوله** واذا اكره على بيع ماله او شراء سلعة
او الاقرار بماله او اجارة داره بالقتل او قطع عضو او بالضرب الشديد او بالحبس فهو
اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما دعي اليه ثم زال الاكراه فهو بالخيار ان شاء
امضى وان شاء فسخ لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى إلّا
أَنْ تَكُوْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء وانتفاء الشرط يستلزم
انتفاء المشروط فيفسد وان اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لم يكن اكراها لانه
لايبالي به نظرا الى العادة الا اذا كان المكره صاحب منصب يعلم انه يستضر به فهو اكراه
لوجود العلّة وهو فوات الرضاء **قوله** وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه
بهذه الاشياء يعدم الرضاء فيفسد اي والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان
الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب
لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا اكره على الاقرار بالف بضرب سوطا وحبس
يوم فهو اقرار كما في البيع الّا اذا كان المكره صاحب منصب اي عزّ ومرتبة فان الشرفاء
والاجلة من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد اكثر مما يستنكف غيره
من ضرب سياط وحبس ايام ولهذا قال محمد رح ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك
على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت
به الملك عندنا وعند زفر رح لا يثبت لان بيعه موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز
جاز والموقوف على الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا ان ركن

ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المال والفساد لفقد شرطه وهو التراضي قال الله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُوْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لاغير كانتفاء المساواة في باب الربوا فيثبت الملك عند القبض والبيع بشرط الخيار انما لا يفيده لانه جعل العقد في حق حكمه كالمعلق بالشرط والمعلّق بالشرط معدوم قبل الشرط * فاذا ثبت انه يفيد الملك عند القبض فلو قبضه فاعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز وتلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة فان قيل لوكان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزا بالاجازة كهو اجاب بان باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضاء فيجوز بخلاف سائرها فان المفسد فيه باق **قوله** الا انه لا ينقطع به استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلّق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته اما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رح ومن جعل البيع الجائز المعتاد يريد به بيع الوفاء * وصورته ان يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بمالك عليّ من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي او يقول بعت منك هذا العين بكذا على اني اذا دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشائخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رح واشار اليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشائخ رحمهم الله من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضاء كما في البيع المكره عليه

ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهما وان سميا بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يحل له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه في يده اذا كان وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما تكلما بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما ان يفسخ بغير رضاء صاحبه ولو اجاز احدهما لم يجز على صاحبه * ومعنى قوله هو المعتاد انهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى ان يرد البائع الثمن الى المشتري ويفي المشتري برد المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج من ملكه ببيع او هبة ولهذا اسموه بيع الوفاء لانه وفى بما عهد من رد المبيع **قوله** فان كان قبض الثمن طوعا اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة وكذا اذا سلم المبيع طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا اي فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمتها والفرق بينهما ان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع **قوله** وان قبضه اي الثمن مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد فيكون الثمن امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان للتملك وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه **قوله** وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع لانه

لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضاء كما تقدم وما هوكذلك فهومضمون بالقيمة والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آلة له في مايرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة له من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لايتصور فكأن المكره دفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكأن كل واحد منهما حدث سببا للضمان كالغاصب وغاصب الغاصب فلوضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع باداء الضمان وان ضمن المشتري يعني اي مشتر كان بعد الاول نفذكل شراء كان بعد شرائه لوتناسخت العقود اي تداولته لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولاينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف رح انما هوعلى شقي الترديد من تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصلية فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك في الاجازة اجاب بقوله لانه اسقط حقه يعني في صورة الاجازة وهواي حقه هو المانع فعاد الكل الى الجواز فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا اجاز بيعا من البيوع نفذ ما اجازه خاصة اجيب بان الغصب لايزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته لمصادفته ملكه فتكون اجازته احد البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلاينفذ ماسواه واما المشتري من المكره فقد ملك فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لايفترق الحال بين اجازته البيع الاول والآخر فلهذا انفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها *

فصل

لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس او عضو من الاعضاء وغير الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد * والاول معتبر شرعا سواء كان على القول او الفعل والثاني ان كان على فعل فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوي فيه الهزل والجد فكذلك والا فهو معتبر وعلى هذا ان اكره على ان يأكل الميتة او يشرب الخمر بحبس او ضرب يسير لا يخاف به تلف النفس او العضو او قيد لم يحل له الاقدام على ذلك وان اكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة عند عدم الخوف على النفس او العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد وغلب على ظنه ابيح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به واشار الى ان الملجئ يمتاز من غيره بغلبة الظن لان بدن الانسان في احتمال الضرب متفاوت وليس ثمه نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأي من ابتلى به ولا معتبر بمن قدر في ذلك ادنى الحد وهو اربعون فقال ان تهدد باقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار بالرأي وهو لا يجوز فان صبر حتى اوقعوا به اي قتلوه او اتلفوا عضوه ولم يتناول وعلم بالاباحة فهو آثم لانه لما ابيح من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن كان بالامتناع من الاقدام معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة ومن

وعن ابي يوسف رح انه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة بصفة انها ميتة او خمر وهي قائمة فاذا امتنع كان آخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لا نسلم ان الحرمة قائمة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان لبيان ان المستثنى لم يدخل في صدر الكلام فلا محرم حينئذ فكان اباحة لا رخصة فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه او عضوه فكان آثما لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لانه امر يختص بمعرفته الفقهاء فيعذر او ساط الناس بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام **قوله** وان اكره على الكفر بالله اعلم ان كل ما لا يعتبر اكراها في تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له ان يظهر ما امروه به من اجراء كلمة الكفر لكنه يوري والتورية ان يظهر خلاف ما يضمر فجاز ان يكون المراد بها ههنا اطمينان القلب وجاز ان يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان اظهر ما امر به موريا كان او غيره على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة * ومعنى قوله عليه السلام فعد عد الى طمانينة القلب لا الى الاجراء والطمانينة جميعا لان ادنى درجات الامر الاباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا ينكشف حرمته وموضعه اصول الفقه **قوله** ولان بهذا الاظهار

دليل معقول وجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله تعالى توهما فيسعه الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله اي فيه وكلمة مثل زائدة هو رفيقي في الجنة وقصته معروفة ايضا ولان الحرمة باقية لتناهي قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية للاستثناء كما تقدم واعترض بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله اِلَّامَنْ اُكْرِهَ وَقَلْبُهٗ مُطْمَئِنٌّۢ بِالْاِيْمَانِ من قوله مَنْ كَفَرَ بِاللّٰهِ مِنْۢ بَعْدِ اِيْمَانِهٖ فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الآية تقديما وتاخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما اباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى وَمَنْ كَانَ مَرِيْضًا اَوْعَلٰى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ اَيَّامٍ اُخَرَ ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب ابو بكر الرازي الى ان الامر في قوله صلى الله عليه وآله وسلم فان عادوا فعد

وافعد للاباحة وقولهم لان الكفر ممالاينكشف حرمته صحيح ولكن الكلام في اجراء
كلمة الكفر مكرها لا في الكفر **قوله** وان اكره على اتلاف مال مسلم وان اكره رجل
على اتلاف مال مسلم با مر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه جاز له ان يفعل
ذلک لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال
ان يضمن المكره لان المكرَه آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا
القبيل لان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله في مايصلح
احتراز عن الاكل والتكلم والوطيء فانه فيها لايصلح آلة له وان اكرهه بقتله
على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان اثمالان قتل المسلم
بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه وهذا لانزاع فيه * واما وجوب القصاص
ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه * اما ان يجب على المكره والمكره جميعا * اولا
يجب على كل واحد منهما * او يجب على المكره وحده * او على العكس والاول قول
الشافعي رح والثاني قول ابي يوسف رح والثالث قول ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله
والرابع قول زفر رح له ان الفعل من المكره حقيقة لصدوره عنه بغير واسطة وحسا فانه
معاين ومشاهد وكذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره
غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم
فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رح في جانب
المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا اي
في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا اشهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه
فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب ولقائل ان يقول في عبارة
المصنف رح تسامح لان دليل زفر رح يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره
فكيف يجعل ذلک دليلا للشافعي رح وهو يضيفه الى غيره ايضا والجواب ان دليله يدل

على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي رح نضيفه الى الغير نسببا فلا تنافي ولابي يوسف رح ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وابي حنيفة ومحمد رحمهم الله لان تأثيمه الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيوته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره في ما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة لاضيف الاثم الى المكره كالقتل اجاب بقوله ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل في حق الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجب عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد وكما نقول في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الزكوة حتى يحرم كذا هذا واذا ظهر ان المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من اصابته مخمصة فقتل انسانا واكل لحمه حتى بقي هو حيا ايثار الحيوته بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره لانه ليس ثمه من يكون آلة له فيضاف الى نفسه * واعلم ان صاحب النهاية قال سواء كان هذا المكره الآمر بالغا عاقلا ومعتوها او غلاما غير بالغ فالقود على الآمر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شيخي علاء الدين عبد العزيز الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها ونقل عن ابي اليسر في مبسوطه ولو كان الآمر صبيا او مجنونا لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي والمجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه **قوله** وان اكره على طلاق

طلاق امرأته وان اكره الرجل على طلاق امرأته او على عتق عبده ففعل ذلك وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رح فان تصرفات المكره كلها باطلة الا ان يكون اكراها بحق وقد مر دليل الفريقين في الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه و التلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة له بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة صحت الاضافة اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية عليه اما وجوب الضمان ففي ما اذا قال المكره اردت بقولي هو حر عتقا مستقبلا كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد لانه اتى بما امره به على وفق ما اكرهه وكذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الاتيان بمطلوبه * وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية في ما مضى كاذبا واردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعا في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض وهو الولاء و الاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب انا لا نسلم ان الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا عما اتلفه بما لا تعلق له به اصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض او في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لان منافعه تعد مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا ترى انه اذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان واما عدم السعاية فلانها انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة رح ان المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا او لتعلق حق الغير

ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به * وهذا على مذهب ابي حنيفة رح سالم عن النقض * واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد لهما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ باتلافه يعني ان المكره انما ضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد حكما فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيئا **قوله** ويرجع بنصف مهر المرأة الجواب في ما اذا اكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا الا انه لم يدخل بها نظير الجواب في ما اذا اكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره الا ان الرجوع ههنا بنصف الصداق وثمه بقيمة العبد وان لم يسم رجع على المكره بما لزمه من المتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف اما في العتق فقد تقدم واما في الطلاق فلقوله لان ما عليه اي على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير اكراه او بالارتداد والعياذ بالله وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها فما كان على شرف السقوط تأكد به وللتاكيد شبه بالايجاب فكأنه اوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال الا ترى ان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل اي طلق او اعتق فهو جائز والقياس ان لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه * وجه الاستحسان ان الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة

الوكالة فالاكراه لا يؤثر في فساد الوكالة اما انه كالشرط الفاسد فلما تقدم انه يعدم الرضاء فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرطا فاسدا فانه يفسد العقد لا يمنع من الانعقاد * واما ان الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة فلانها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقطه واذا لم تفسد بها كان تصرف الوكيل نافذا ويرجع المكره على المكره بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليه كما في الشاهدين شهدا ان فلانا وكل فلانا بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا * وجه الاستحسان ان مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعل وسيلة الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل * وضابطة ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضاء وفوات الرضى يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان اكره على ان يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك ولا يرجع به على المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا اذا اكره على يمين فحلف انه قدت او على ظهار فظاهر صح وكذا على رجعة ففعل صح او على ايلاء فآلى او على فيء اليها باللسان ففعل صح لان الرجعة والايلاء والفيء تصح مع الهزل وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ * فان اكره على اعتاق عبده عن كفارة اليمين او الظهار ففعل اجزاه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه امره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق * وان عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لانه اتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا

عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمضمونة على احد * وان ترك التي آلى منها اربعة اشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من القربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق وان قربها وكفر لم يرجع على المكره بشيء لانه اتى بضد ما اكرهه عليه * وانما اكره على ان يخالع امرأته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل او يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان الزوج مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام بازاء ما سلم لها من البينونة ولا شيء على المكره للزوج لانه اتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به * فان قيل ان خالعها وهي غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيده ما كان على شرف السقوط او لا قلنا لا يخلو اما ان ساق الزوج اليها المهر كله او لا فان ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق اما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح * واما عند ابي حنيفة رح فلانه وان اوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الاكراه لا تصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا له لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة

قوله وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد قال ابو حنيفة رح اولا ان اكره احد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار آلته وذلك لا يكون الا بلذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره هو السلطان لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه امر طبيعي

طبيعي ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يلزمه الحد واما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في اول هذا الكتاب *وقيل من قبيل اختلاف الحكم *ووجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلک بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلک قد يكون من غير السلطان اكثر تحققا لان السلطان يعلم انه لا يفوته فهو ذو اناءة في امره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع *ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلک فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطئ في غير الملک لا ينفک عن احدهما فاذا سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل او اذنت له بذلک اما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها واما الثاني فلان الاذن له ليس بحل الوطئ فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلک شرعا وان اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة بتبدل الاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي تبدله شک وكان الايمان ثابتا بيقين فلا تثبت الردة بالشک ولا ما يترتب عليها من البينونة * ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شک لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشک فان قالت المرأة قد بنت منک وقال الرجل قد اظهرت ذلک وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا وفي القياس القول قولها فيقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق

فيستوي فيه الطائع والمكره كما في الطلاق * ووجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر
غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا
يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة
لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية
ومع الاكراه لايدل على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا
كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل
ان يكون لفظه يوافق اعتقاده واحتمل ان لايكون رجحنا الاسلام في الحالين
قبل اي في حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام لان الاسلام يعلو ولايعلى
فلم يجعل كافرا في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للاسلام وهذا
في حق الحكم اما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم وكان هذا اشارة
الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي رح وهو المنقول عن ابي حنيفة رح ان الايمان
هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه
فانهم يجعلون الاقرار ركنا ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل
لتمكن الشبهة اي شبهة عدم الارتداد لجواز ان يكون التصديق غير قائم بقلبه عند
الشهادتين والشبهة دارئة للقتل **قوله** ولو قال الذي اكره معطوف على قوله وقال هو قد
اظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قولها قد بنت منك اخبرت عن امر ماض ولم اكن
فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان مالم يكره عليه لانه اكره على الانشاء
دون الاقرار ومن اقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر
اذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال اردت
ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ
بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر هذا بباله امكنه الخروج عما ابتلي به

به بأن ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كان كمن اجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه انه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة * والحاصل ان المكره على اجراء كلمة الكفر على ثلثة اوجه في وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة وفي وجه يكفر فيهما جميعا وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وذلك لانه اذا اجراها فاما ان يخطر بباله غير ما طلب منه اولا والثاني هو الاول والاول ان خطر بباله ان يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا واراده فهو الثالث وان لم يرده فهو الثاني * واذا ظهر لك هذا امكنك ان تخرج مسئلة الصلوة للصليب وسب النبي عليه السلام وقوله لما امر اشارة الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره الله اعلم بالصواب *

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه لما كان اقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي احد قطبي امر الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون واسبابه مصادر هذه الاسامي والحق بها المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كان اسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال واما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء * اما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله واهلية التصرف انما هي بالعقل لكن اهليته مترقبة واذن وليه آية اهليته * واما العبد فله اهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق

المولى كيلا يتعطل عليه منافع عبده فانه لولم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فتلحقه ديون فتأخذ اربابها اكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها منه وكيلا يملك رقبته بتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب غير ان المولى اذا اذن فقد رضي بفوات حقه والمجنون الغالب لا يجامعه اهلية فلا يجوز تصرفه بحال **قوله** ومن باع من هؤلاء شيئا اراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا اذا كان يعلم ان البيع سالب والشرى جالب ويقصده لافادة هذا الحكم اعني كون البيع سالبا والشرى جالبا وهو احتراز من الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم والولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه ظاهر واورد سوالا على الشرى وهو ان الاصل في الشرى النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد ههنا موقوفا على الاجازة واجاب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون او لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى اما ههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا فاورد الاشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي وكذا ذكر شيخي في شرحه **قوله** وهذه المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشرى اي هذه المعاني يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه

فانه لا حجر فيه على العموم **قوله** دون الافعال يعني ان المعاني الثلثة لا توجب الحجر عن الافعال لان الشان ان الافعال لا مرد لها حتى ان ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال لان الافعال توجد حسا ومشاهدة ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن ان يجعل كلا اتلاف بخلاف الاقوال لان اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط به واما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان يجعل غير موجودة والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا يرى ان القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا مرد لها يعني ان الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحد والقصاص **قوله** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال ليساق القوليات في موضع واحد وقوله لما بينا اشارة الى قوله والقصد من شرطه ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله

عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه رواه الترمذي من ابي هريرة رضي الله عنه والاعتاق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذ ان بمباشرته اي الولي بخلاف سائر العقود **قوله** وان اتلفا شيئا بيان لتفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر **قوله** والحائط المائل بعد الاشهاد يعني انه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله بخلاف الافعال والقصد من شرطه **قوله** فاما العبد فاقراره نافذ معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر *

باب الحجر للفساد

اخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فيحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع قال ابو حنيفة رح لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله في ما لا غرض له فيه ولا مصلحة كالالقاء في البحر والاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يحجر على السفيه ويمنع عن

عن التصرف في ماله فيران الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال ومالا يتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء * واستدل المصنف رح بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظراله كالصبي فهذا يحجر عليه بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته والدليل على صحة هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده وهذا الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما واما على قول الشافعي رح فلا يصح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه والفائدة تظهر في ما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل وكل من هو كذلك لا يحجر عليه كالرشيد ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه واجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حرسقط الاعتراض وهذا اي عدم الحجر لان في الحجر سلب ولايته وفي سلب ولايته اهدار آدميته وهو ظاهر **قوله** ولا يصح القياس على منع المال جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال وتقريره ان منع المال منه انما هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجراله على التبذير والحجر ابلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه وقوله ولا على الصبي جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي اي لا يقاس السفيه على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة لما ذكرنا انه عاقل والجري على خلافه لسوء اختياره فكان قياس

قادر على ما جز وهو فاسد وقوله ومنع المال مفيد جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني ان منع المال بدون الحجر مفيد لان غالب السفه انما يكون في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد اي لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع من ذلك وان فعل لم يفد **قوله** واذا حجر تفريع على مسئلة الحجر ومعناه ان القاضي ان حجر على السفيه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فابطل حجره واطلق جاز تصرفه وكان الواجب ان لا يجوز لان قضاءه لاقى محلا مجتهدا فيه ونقضه باطل * وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلمنا وجود المقضي له على احتمال بعيد وهو ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان ابا حنيفة رح لم يقل به فصار محلا للقضاء يحتاج الى امضاء فلو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر والى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذ لانه لا يحجر عليه عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس رشده وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولابي حنيفة رح ان منع المال منه بطريق التأديب وهذا يمكن ان يوجه على وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي ان يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لان في هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتأديب لا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني ان يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال منه بطريق التأديب الى آخره **قوله**

قوله ولان المنع دليل آخر وتقريره ان المنع بعد البلوغ اذا لم يونس رشده باعتبار اثر الصبا لان العادة وجد انه في اوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة لان مدة البلوغ من حيث السن ثمانية عشر سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما اشار اليه عليه السلام بقوله مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا ولهذا قال ابو حنيفة رح ان بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس باثر الصبا فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادنى ما يطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فرعه اصلا فكان متناهيا في الاصالة **قوله** ثم لا يتأتى التفريع على قوله اراد ان التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول ابي حنيفة رح وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع ليظهر فائدة الحجر عليه فيكون موقوفا فان رأى الحاكم مصلحة فيه بان كان بمثل القيمة او كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده اجازوان كان الثمن اقل من القيمة او كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجزه لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون ان يكون في يده شيء من البدل * واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلى م التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رح لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر وهو اهدار آدميته والنظر له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القضاء وعند محمد رح لا يجوز

لانه يبلغ محجورا عنده اذا لعلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها عند ابي يوسف رح لا يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد رح يصير محجورا بمجرد السفه وان اعتق عبدا يعني بعد الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رح فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لان عند ابي حنيفة رح الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لاتأثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي رح فانه يقول لا ينفذ كما ذكر في الكتاب وذكر ان الاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا لان السفيه في معنى الهازل لامن كل وجه بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لاعلى نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لالنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من اوجه الاول ان السفيه لوحنث في يمينه واعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لونذر بهدي اوغيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر بالسفه اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما ولا صل عنده ان الحجر بسبب

بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق في انه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من ان يكون اهلا لا لزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما ان الرق كذلك فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا فاذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر لعدم قبوله الفسخ فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض لاجل النظر لغرمائه وورثته فاذا اعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه او لورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر الى آخر النكتة وعن محمد رح انه لا يجب عليه السعاية لانها لو وجبت لوجبت حقا لمعتقه وذلك غير معهود في الشرع وانما المعهود ان يجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين فانه يسعى للساكت ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلان يملك انشاء حقه كان اولى الا انه لا تجب السعاية في حيوة المولى لانه باق على ملكه والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه دينا فان مات ولم يونس منه رشد يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الاترى ان مصلحا لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه قيل ينبغي ان يسعى في قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو اعتقه واجيب بان الاصل ان المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا انه ههنا جعل سببا قبله ضرورة فلا يظهر سببيته في ايجاب السعاية عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية

وفيها بسعي العبد كذلك واجيب بانه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا ترى
ان الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير ولو ولدت جارية فادعاه ثبت نسبه منه وكان
الولد حرا والجارية ام ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله وابقاؤه من الحوائج
الاصلية لحيوة ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد
فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لاسبيل عليها لاحد وان مات مدبونا وان
لم يكن معها ولد اي ان لم يعلم لها ولد منه وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان
الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار
بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد فصار كأنه قال انت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد
موته بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها في ابطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر
من تصرفه ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل يعني ان يكون
معها ولد اولم يكن آه قوله وان تزوج امرأة جاز نكاحها كلامه واضح وقوله فصار كالمريض
مرض الموت يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة
في المريض معتبر من الثلث وههنا غير معتبرة اصلا قوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعني
يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد او في كل يوم واحدة ثم طلقها
وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة لما بينا يعني قوله
لانه من ضرورات النكاح وبهذه المسئلة يعتضد ابو حنيفة رح على انه لا فائدة في الحجر
عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا اضرّ له من اتلافه بطريق
الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزوج و الطلاق قال
صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذوّاق مطلاق قوله وتخرج الزكوة من مال السفيه
والاصل في هذه المسائل ان ما وجب عليه من امر اوجبه الله كالزكوة وحجة الاسلام
او كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب

مضطرب وبالسفه لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع منه ولا يبطل شيئا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها وعسرة القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم شيئا الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات عسرة المقرله * والاقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة **قوله** وهذا اي ماذكرنا مما اوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس بخلاف ما اذا حلف او نذر يعني ما اوجبه على نفسه حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم لكل حنث ثلاثة ايام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير لانه اي كل واحد مما يجب بفعله اذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب وتضيع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فاني يصح مع القدرة عليها اجيب بان الاستطاعة منتفية لان دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار **قوله** وان اراد حجة الاسلام واضح وقوله ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا كذلك والقياس ان لا يعطى نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو اراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية فان كانت مما يجري فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم تكن ولزمه الدم يؤدي اذا اصلح فان مرض واوصى وقيد بالمرض باعتبار ان الوصية غالبا تكون في المرض فان السفيه الصحيح اذا اوصى بوصية فحكمها كحكم المريض والقياس ينفيها كما لو تبرع في حيوته * واستحسنوا في ما اذا وافق الحق ومايتقرب به الى الله تعالى ان يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال في امر دنياه وحينئذ لا نظر له في المنع وانما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك وقد ذكرنا في التفريعات اكثر من هذا في كفاية

المنتهي فمن ذلک ما قال ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في اربعة مواضع احدها انه يجوز للاب ولوصي الاب ان يتصرف على الصغير يشتري له مالا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث انه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه والرابع ان الذي لم يبلغ اذا دبّر عبده لا يجوز تدبيره وهذا السفيه اذا دبر عبده يجوز تدبيره **قوله** ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رح يحجر ومبنى هذا الاختلاف على ان الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلک فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندنا للنظر له في ماله فاذا اصلح ماله لم يبق عليه حجر وذلک لان الله تعالى قال فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم نكّر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير ومن اصلح في ماله فقد اونس منه الرشد ولانه اهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه في ما تقدم يعني في اول كتاب النكاح ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رح من ليس بسفيه لكنه مغفل يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ لما انه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بان ذلک لمنع المال وليس النزاع فيه الله اعلم *

فصـــــل

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك **قوله** بلوغ الغلام بالاحتلام الحلم بالضم مايراه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطيء والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثماني عشر سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم لها سبع عشر سنة عند ابي حنيفة رح وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشر سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي رح وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي الله عنه **قوله** واذا راهق الغلام او الجارية يقال رهقه اي دنى منه وصبي مراهق اي دان للحلم واشكل امره في البلوغ لم يعلم ذلك منه فقال قد بلغت فالقول قولهما ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنى عشر سنة او اكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد اشار الى ذلك بقوله فادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشر سنة وفي حق الجارية تسع سنين والله تعالى اعلم *

باب الحجر بسبب الدين

الدين من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلاجرم اثرتأخيره وينبغي للقاضي ان يشهد انه حجر عليه في ماله احتياطا لنفي التجاحد ان وقع وان يبين ان الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او غيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحادث نفذ وان يعين

من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع بابراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته وابو حنيفة رحمه الله لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى ان لوكانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن اعلى ما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من التصرفات وكلامه ظاهر ومعنى قوله باقل من ثمن المثل ان يبيع بالغبن يسيرا كان او فاحشا وقوله التلجئة موهومة لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به اهلية الانسان ويرتكب البيع بلا تراض وقوله والبيع ليس بطريق متعين لذلك لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الجب والعنة فان التفريق هناك متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق **قوله** والحبس لقضاء الدين جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السين لاجله اي لاجل البيع * وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما يختاره من الطريق الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه **قوله** كيف اي كيف صح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع **قوله** وهذا عند ابي حنيفة رح وانما خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع

بيع القاضي على المديون في العروض فكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف **قوله** عملا بالشبهين قيل انما لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك احد الشبهين لان ولاية القاضي اعم واقوى فلو ثبتت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره لثبتت للقاضي لقوته **قوله** ويباع في الدين النقود حاصله ان القاضي نصب ناظرا فينبغي ان ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له وقوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وقوله وان لم يكن له اخرجه تحرزا عن هلاكه لانه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين الا ترى انه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة كان له ان يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير * وعن ابي يوسف رح انه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع من الاكتساب في السجن لان فيه نظرا للجانبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من السجن اي لا يمنعهم من ان يدوروا معه اينما دار بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله وقوله يقسم بينهم بالحصص اي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا اذا اخذ وافضل كسبه بغير اختياره او اخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره واما المديون في حال صحته لو آثر احد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى السغي فقال رجل عليه الف درهم لثلثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم

ثلثمائة ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم امواله بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق احد فيتصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله بينه اليسار تترجح اليسار اسم للايسار من ايسر اي استغنى والاعسار مصدر اعسر اي افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى الاعسار قال في المغرب وهو خطأ وقوله لانها اكثر اثباتا لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه غيرة اذ الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة لا يمنعونه الى آخره تفسير للملازمة ولا يجلسه في موضع لانه حبس وهو ليس بمستحق عليه وعن محمد رح انه قال للمدعي ان يجلسه في مسجد حيه وفي بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي ولو دخل داره لحاجته كغذاء او غائط لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة وعلى هذا قيل اذا اعطاه الغذاء واعد له موضعا لاجل الغائط له ان يمنعه من ذلك حتى لا يهرب ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشد عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه وفي معناه منعه عن الاكتساب بقدر قوت يومه ولعياله * والدائن الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امينة تلازمها **قوله** فان افلس وعنده متاع لرجل بعينه اذا اشترى متاعا من رجل فافلس والمتاع باق في يده فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره ثم للبائع خيار الفسخ

الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين في الذمة وهو مانع من الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالسلم يعني لا نسلم ان كونه دينا يمنع من الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا تعذر قبضه بانقطاعه من ايدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ ولنا ان الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد لانه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف في الذمة اعني الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما كان المشتري مليئا * وتوضيح ذلك ان موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس وبين المليء فان قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى ابوهريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فادرك رجل وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو احق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب انه معارض بما روى الخصاف باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو اسوة غرمائه فيه وتأويل حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح بجميع مقدماته لزم ان لا يفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد اجيب بانا لا نسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا عجز المكاتب عن اداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى ان يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم

فاذا عجز فقد تغير موجب العقد **قوله** وبقبض العين جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب ان لا يبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة * وتقريره ان قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصا هذا هو الحقيقة اي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين فيجب اعتبارها ما لم يتعذر وفي ما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك فيجب ان يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما في الذمه وكان العجز عنه عجزا عما اوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ *

كتاب المأذون

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى الحجر عنه فلابد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه فقوله واسقاط الحق الى آخره كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي رح فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المصنف رح كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يتقبل التاقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وانها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل

دل على انه اسقاط لحق المولى لا غير اذ الاسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصحح كونه بتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا الان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشرى لانه لا مال له حتى يبيع والعبد فى الشرى متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشرى حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضاء بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد غير مفيد فلا يعتبر فان قيل العبد المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما يراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اصيل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود اجيب بان الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا من الاسقاط في ما يستقبل لا ان الساقط يعود ثم الاذن كما يثبت صريحا يثبت دلالة كما اذا رأى عبده يبيع من ماله شيئا ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول قالا السكوت يحتمل الرضاء وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن مأذونا تتأخر المطالبة الى

مابعد العتق وقد يعتق وقد لايعتق وفي ذلك اضرار للمسلمين با تواء حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به اولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل حين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى اجنبيا يبيع ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق اجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه متحقق باز الة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل اليه بدءه من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن يتضرر ايضا ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان اقوى * واما الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان انكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وامكن فسخه فلا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في ان سكوته اجازة اولا ولعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا متحققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا ثم لا فرق بين ان يبيع عينا مملوكة للمولى او للاجنبي باذنه

او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن

لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة اعني ان يبيع عينا مملوكا للمولى الى آخره **قوله** واذا اذن المولى لعبده فى التجارة اي اذا قال المولى لعبده اذنت لك فى التجارة ولم يقيد بشيء كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلا باللام فكان عاما يتناول جميع انواع الاعيان لانه اي بيع الاعيان اصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالاعيان فالحقت بها ولو باع بغبن يسير جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رح خلافا لهما قالا البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولابي حنيفة رحمه الله ان البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على انه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث وابو حنيفة رح سوى ههنا بين البيع والشراء فى الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل فى الشراء متهما في انه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب اراد ان يلزم الآمر وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما مر انه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على احد فكان البيع والشراء في حقه سواء وعلى هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابوه فى التجارة يجوز ان يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي حنيفة رح ولو حابى العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين فينفذ وان زادت على الثلث وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي يعني يؤدي دينه اولا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة ولا وراث للعبد

لا يقال المولى وارث لانه رضي بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو اسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل وان كان الدين محيطا بماله بطل المحاباة فيقال للمشتري أدّ جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر يعني اذا حابى في مرض موته وللمأذون ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكّل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه فجاز الاستعانة بغيره ويجوز له ان يرهن ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ويملك ان يتقبل الارض اي استأجرها ويستأجر الاجراء والبيوت لان ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستيجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شيء بخلاف الاستيجار بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا وله ان يشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزراع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة والكفالة لا تدخل تحت الاذن فلو فعلا ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يوجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رح في احد قوليه لانه لا يملك العقد على نفسه لكونه نائبا عن مولاه في التصرف في كسبه الا ترى انه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله لان المولى اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا وما هو من رأس المال للمأذون له يملك التصرف فيه ضرورة والمأذون له يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن او من حيث منافعها لا جائز ان يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه مأذون له

له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات افضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين ان يكون من حيث المنافع وهو المقصود **قوله** فان اذن له في نوع منها دون غيره قد تقدم ان الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي رحمهما الله انه توكيل وانابة وعلى ذلك تبتني هذه المسئلة وهي انه اذا اذن له في نوع من التجارة كالبر مثلا دون غيره كان مأذونا له في جميع انواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا الوكان اذن اذنا عاما ثم نهاه عن نوع قالا الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له اي للمولى دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب اذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البر مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه في اول كتاب المأذون وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب من مولاه فيتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البر دون الخز اجيب بانه ضرر غير محقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله يدفع ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف باهليته ومالكيته فليس السؤال واردا **قوله** بخلاف الوكيل يجوز ان يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال

غيرة وقوله و حكم التصرف جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند اي
لا نسلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه
الى قضاء الدين والنفقة بغير اذن المولى وما استغني عنه يخلفه المالك فيه وموضعه
صول الفقه **قوله** وان اذن له في شيء بعينه اي اذا اذن المولى لعبده في شيء بعينه مثل
ان يقول اشترهذا الثوب بعينه اوثوبا للكسوة اوطعاما رزقا للاهل لم يكن مأذونا وهذا يفيد
ان التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لوجعل ذلك اذنا لانسد
باب الاستخدام لافضائه الى ان من امرعبده بشراء بقل بفلس او بفلسين كان مأذونا
يصح اقراره بديون تستغرق بهارقبته ويؤخذ بها في الحال فلا يجترئ احد على استخدام
عبده فيما اشتد اليه حاجته لان غالب استعمال العبد في شراء الاشياء الحقيرة فلا بد
من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهوانه ان اذن له بتصرف مكرر صريحا
مثل ان يقول اشترلي ثوبا وبعه اوقال بع هذا الثوب واشتربثمنه اودلالة كما اذا قال
ادّالي الغلة كل شهرا وادالي الفا وانت حرفانه طلب منه المال وهولا يحصل الا بالتكسب
فهو دلالة التكرار اوقال اقعد صباغا اوقصارا لانه اذن بشراء مالا بد لهما منه دلالة وهو نوع
من الانواع يتكرر بتكرار العمل المذكور كان ذلك اذنا * وان اذن بتصرف غير
مكرر كطعام اهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وامره مولاه ببيعه
فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب انه امر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان
تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحا فاذا بطل التقييد
ظهر الاطلاق * وكلام المصنف يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن
بالاول اذن دون الثاني فتأمل **قوله** واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان
الاقرار بهما من توابع التجارة اما بالديون والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن
فيكون دينا او يقبض فيودع عنده * واما بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند اداء

اداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لولم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين اولم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر والجامع تعلق حق الغرماء بما في ايديهما من المال والكسب بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة كما لواقرانه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فافتضها فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور في حقه وكذا لواقر بجناية على حر اوعبد اومهر وجب عليه بنكاح صحيح اوفاسد اوشبهة فاقراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة فما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس للمأذون ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه لذلك وجوز ابويوسف رح تزويج الاماء لانه تحصيل المال وهو المقصود بالاذن فكان كالاجارة وقالا الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه سلمنا ان الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامة ليس من ذلك وقوله ولهذا لا يملك تزويج العبد توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة **قوله** وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي يعني ان هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف رح * قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما يعني للاب والوصي ان يزوجا امة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج امته لانه اكتساب لاستفادة المهر قال وما ذكره في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط واليتيمة ومختصر الكافي واحكام الصغار * وقال بعض الشارحين يحمل

على ان في المسئلة روايتان **قوله** ولا يكاتب لانه ليس بتجارة ولا يجوز للمأذون ان يكاتب لانه تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل وان كان مالا لكنه مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ما قال لان المولى قد ملكه لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة ويصير العبد نائبا عن المولى وترجع الحقوق وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته ولقايل ان يقول الوكيل سواء كان سفيرا اولا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك ويمكن ان يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب *وانما قال ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان او كثيرا بطلت كتابته وان اجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلا عتاق اولى وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو انشأ العتق جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرماء على العوض لان ما يؤدي به كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدى في حال الرق فيتعلق به حقهم ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير الى ان اهداء غير المأكولات لا يجوز اصلا والاهداء اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال

بمال تجارته قال محمد بن سلمة ان كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالمأكول كالضيافة به والقياس ان لا يصح شيء من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار فكأنه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر **قوله** وديونه متعلقة برقبته اذا وجبت ديون على المأذون بالتجارة او بما هو في معناها فان كان له كسب بيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب تعلقت برقبته تباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع لان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له لم يكن حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك اي غرض المولى حاصل في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه من الدين يحصل للمولى وقوله لا بالرقبة معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته تباع فيه فهذا كذلك اجاب بقوله بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا عليه بيع بذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن ولنا ان ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى بالاذن وهذا ظاهر وكل دين ظهر وجوبه في حق المولى تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس **قوله** وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فيتوى حقوق الناس * ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى **قوله** وتعلق الدين برقبته استيفاء جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل

مال الى آخره وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا
على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان
خوف التوى يمنعهم من ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرضا للمولى فان قيل
لا يصلح ان يكون غرضا لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله وينعدم
الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وفيه اشكال وهو ان المبيع اذا كان باقيا وفيه وفاء
بالدين لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان وليس فيه وفاء به الم يكن دخوله
في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد
ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن
بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون المبيع جابرا لما فات من العبد
والظاهر ان الدين لما استغرق رقبته كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد * قيل
وليس بواضح لانه لا دليل على ظهور ذلك على انه مخصوص بما اذا قبض مبيعه ثم
تركبت الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما
ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع او ما هو في معناه في ملك المولى
ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه في ملكه لا يخرجه من المقابلة والظاهر انه يكون
بمقدار ما يؤدي من قيمة العبد لان الشراء بغبن نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى كأنه
اشترى الديون التي على العبد بالعبد ولو لم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو
نادر * وتحقيقه انها لو لم تكن مساوية لقيمته لاختار اداء الديون دون بيع العبد والجواب
الاول على مذهب ابي حنيفة رح وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما
يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجيء
وقوله وتعلقه بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك
بالرقبة وذلك لانه لا تنافي بينهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للجانبين وعند

وعند عدمه يستوفي من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى
اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور
لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف
بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع
على قول ابي حنيفة رح وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ بسبب الدين وبيع
القاضي العبد بغير امر مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل
ذلك محجورا من بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضاء الغرماء وحجر المحجور
غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز بيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا
عن قضاء الدين فانه لم يعد حجرا عليهم لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضاء
الغرماء **قوله** وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر **قوله** ويقسم ثمنه
بينهم بالحصص اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة
فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه
كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون
العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا سبيل لهم عليه
قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه ولا يباع ثانيا كيلا
يمتنع البيع فان المشتري اذا علم ان العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانيا بدون اختياره
امتنع عن شراءه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء اودفعا للضرر عن المشتري
لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به
ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك
قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات **قوله** ويتعلق دينه بكسبه لبيان الكسب الذي
يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينتزعه المولى من يده يتعلق به الدين

سواء كان حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى يخلفه في الملك بعد فراغه من حاجة العبد ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال اخذ المولى ذلك وللمولى ان يأخذ غلة مثله والغلة كل ما يحصل من ريع ارض او كرائها او اجرة غلام اونحو ذلك ومعناه له ان يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمه الديون كما كان يأخذه قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ اكثر مما كان يأخذه قبل الديون والقياس ان لا يأخذ اصلا وان اخذ شيئا رده لانه اخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل بسلامة المقدر قبله للمولى لان في اخذ المولى ذلك منفعة للغرماء ببقائه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك يحجر عليه فلا يحصل الكسب واما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان اخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها * ثم اذن المولى لعبده اما ان يكون شائعا اولا فان كان الاول لم يحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولاكثر اهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبد ان اكتسب شيئا اخذه المولى وان لحقه دين اقام البينة انه كان قد حجر عليه فتتأخر حقوقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك اي تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى ان يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان فكذلك ومبايعته جائزة وان بايعه الذي علم بحجره لان الاذن لا يتجزى الا ترى انه لا يتجزى ابتداء فكذا بقاء ولو حجر في بيته بمحضر من اهل سوقه انحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلوٰة

الصلوٰة والسلام وان كان الثاني بان لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والاضرار **قوله** ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب قد تقدم ان التصرف اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا اذا مات المولى او جن جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه او لحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة او حكما لان اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته **قوله** واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح بقي مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فان المولى اذا اذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذونا فلان لا ينافي بقاءه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء وصار كالغصب فان المولى لو اذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك اخذه بان يكون له بينة او يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه آبقا ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضيا به وانما لم يكن مانعا في الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر للدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر وان عاد من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رح والصحيح انه لا يعود * واستيلاد المأذون لها حجر عليها اذا لم يصرح بخلافه وقال زفر رح ليس بحجر اعتبارا بالابتداء فان المولى لو اذن لام ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء حجرها لان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحصن ام ولده و لا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه تقضى حقوقهم **قوله** واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها معناه ظاهر وانما قيد بكونها اكثر من قيمتها لتظهر الفائدة في ان المولى

يضمن قيمتها دون الزيادة عليها **قوله** ولا منافاة بين حكميهما اي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق ان كان لايؤثر في فك الحجر لايؤثر في الحجر عليه **قوله** واذا حجر على المأذون له فاقراره جائز اذا حجر على العبد المأذون له فاقر بما في يده من المال لغير مولاه فهو جائز عند ابي حنيفة رح قال المصنف رح ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره وانما فسره بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منهما كان مضمونا كالديون والغصوب فبين ان المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك فيقضي بما في يده للمقرله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لايجوز اقراره لان المصحح لاقراره اما الاذن او اليد ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد فلان الحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بانا لانسلم ان يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه اخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء واجيب بان تأويلها اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد اما اذا علم ذلك فللمولى اخذه وكذا اذا علم انه مال المولى ولم يعلم بانه كسب العبد فصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره بيان لابطال الحجر يده بمسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع مافي يده لايسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولايصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لاتباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق ولابي حنيفة رح ان المصحح لاقراره هو اليد ولهذا لايصح اقراره بما انتزعه المولى من يده لزوال المصحح واليد باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر لان الكلام في الاقرار بما في يده واما حكما فلان شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها ولقائل ان يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا او صحته والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن صحة هذا الاقرار في حيز النزاع فلايصلح اخذه في الدليل والجواب ان مطلقه دليل تحققها حملا

حملا لحال المقر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار اجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما اما حقيقة فلان الكلام في ما انتزعه من يده واما حكما فلان النزع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانها اقرار بما ليس في يده اصلا وهو باطل والمصنف رح ذكر قوله بخلاف ما اذا انتزعه المولى الى آخره اجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله على ما عرف اشارة الى حديث بريرة رضي الله عنها وقوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك يعني به الاذن فانه ثبت للعبد بحكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله ولهذا لم يكن خصما توضيح لتبدل العبد فان العبد اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولولا تبدله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة **قوله** واذا لزمته ديون اذا لزمته ديون فلا يخلوا اما ان تحيط بماله ورقبته او لا تحيط بشيء من ذلك او احاط بماله دون رقبته * فالاول كما اذا اذن للعبد فاشترى عبدا يساوي الفا والمأذون ايضا يساوي الفا وعليه الفا درهم * والثاني ان يكون عليه خمسمائة درهم * والثالث ان يكون عليه الف ففي الاول لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد فان ملك الاصل علة لملك الفرع ولهذا يملك اعتاقها يعني الرقبة ووطي الامة المأذون لها وهذا اي المذكور من ملك الاعتاق وحل الوطيء آية كمال ملك الرقبة فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه فينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانها تمنع من ذلك كما في التركة اذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث اجاب بقوله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث بايصال ماله الى اقرب الناس اليه ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث في ذلك عند احاطة الدين بتركته بل النظر في ضده اي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الديون لانه فرض عليه والميراث صلة

واذا كان سبب الملك النظر وقد فات فات الملك ولا عتق في غير الملك اما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد ليراعى ذلك بعدم العتق حتى يقضي دينه واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابي حنيفة رح ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه من حاجته كملك الوارث على ما قررناه يعني في مسئلة تعلق الدين بكسبه والمال الذي احاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه يعني كما ان الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة في الموضعين لانعدام اهلية الملك في المال فالميت ليس باهل للمالكية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت اظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه فمن قال بثبوت الملك نفّذ العتق ومن لم يقل به ابطله وفي الثاني يملك المولى كسبه وينفذ عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير ان العتق فيه جائز **قوله** وان باع من المولى شيئا اذا باع العبد المأذون المديون الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين ويعلم منه انه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس باجنبي وان باع منه بنقصان لم يجز مطلقا اي سواء كان كثيرا او قليلا لانه متهم في حق مولاه لميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة اجيب بانه موهوم حيث لم ينشأ عن دليل **قوله** بخلاف ما اذا باع المريض مروي بالواو وبغيره قال في النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل

بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله و بخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلامعطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو * وقال ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي اي انه يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة * وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة رح في كل حال من هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو تأباه * قلت ذلك اوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى لاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد * وتقديركلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه اي عين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى آخره وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف رح لقول بعض المشائخ * قيل والصحيح انه قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي **قوله** وعلى المذهبين اي مذهب ابي حنيفة رح ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحاباة باليسير والكثير فان على مذهب ابي حنيفة رح اذا باع من مولاه بنقصان يسيرا او كثير لا يجوز فلا يخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى ووجه ذلك اي وجه الجواز

مع التخيير ان الامتناع من البيع بالنقصان لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا اي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يومر بازالة المحاباة لان البيع باليسير منهما اي من المولى والاجنبي متردد بين التبرع والبيع اما التبرع فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحاباة واما البيع فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لعدمها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما اصلا لان المحاباة من العبد المأذون له لا يجوز على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن منه في البيع مع الاجنبي وهو آذن بماشرته بنفسه غيران فيه ضرر للغرماء فتزال بازالة المحاباة وهذان الفرقان بلفظ التثنيه وفي بعض النسخ هذا الفرقان * قال في النهاية ولكن الاول اصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والاجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يومر المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي اصلا ويجوز مع المولى ويومر بالازالة واما ابوحنيفة رح على رواية هذا الكتاب فليس بمحتاج الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والاجنبي في جواز البيع مع الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام **قوله** وان باعه المولى شيئا كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه اي الى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجبه على عبده حتى لو اتلف شيئا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه بعينه

بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد غيره كما لو اودع عند عبده شيئا وغصبه منه وان امسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جاز لانه بائع وللبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو اخص به من الغرماء فان قيل على هذا التقدير استوجب دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم آنفا اجاب بقوله وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين يعني يجوز ان يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده مالم يستوف الثمن فاذا كان اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين ولو باعه باكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد سواء كانت يسيرة او كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط واما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز عند ابي حنيفة رح اصلا كما ذكر في جانب العبد واذا اعتق المولى عبده المأذون له وعليه ديون لزمته بسبب التجارة او الغصب او جحود الوديعة او اتلاف المال فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها او اكثر منها علم بالدين او لم يعلم به لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب ازيد من مقدار ما اتلفه فبقي الباقي عليه كما كان ويطالب به بعد العتق وان كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر على ما ذكره وهو واضح وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم وقد اتلفاه اما البائع فبالبيع

والتسليم واما المشتري فبالقبض والتغييب فتخيير الغرماء في التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاذن السابق ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا اجازوا وكذا اذا كان الثمن وفى بديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجيء وكذا اذا كان الديون على المأذون مؤجلة الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوائد القيود المذكورة **قوله** كما في المرهون يعني ان الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم اجازه المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الى آخره معناه اذا قبله بقضاء لان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الاولى وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا **قوله** ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين اذا قال المولى هذا العبد الذي ابيعه مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازما فذلك لا يوجب اللزوم في حق الغرماء فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وكلمة به محذوفة في المتن وفي كل منهما فائدة فالاول يعني الاستسعاء تام مؤخر والثاني ناقص ان لم يف بديونهم معجل والبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قال المشائخ رحمهم الله تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان

فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة فى البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة فى البيع لكن لا يفى الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة فى البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة * ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة فى البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بال هذا لا يكون مختارا لقضاء الديون من ماله اجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه واما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول انا اقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله انا اقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب ان العدة ادنى الاحتمالين فيثبت به الا ان يقوم الدليل على خلافه فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري اذا انكر الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما قيد بالانكار لان المشتري اذا اقر بدينهم وصدقهم فى الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بلا خلاف وقال ابو يوسف رح المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه في ما في يده ولهما انه لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال فخر الاسلام وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا لها شفيع ثم وهبها الرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما

وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسئلة **قوله** ومن قدم مصرا رجل قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبرانه مأذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل على اذنه وهو استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه اخبر من شيئين * احدهما اخبر انه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه * والثاني اخبرانه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة * وجه الاستحسان ماذكره في الكتاب وقوله كيلا يضيق الامر على الناس توضيحه ان للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد في التجارة فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج الى ان يبعث شاهدين يشهدا ن عند كل تصرف انه مأذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق مالا يخفى وقوله الا انه استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه انه اذا لم يكن في كسبه وفاء لايباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن للمدبر وام الولد ولحقهما الدين لايباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز ان يكون مأذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بيناه يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد فان حضر مولاه فقال هو مأذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله وعلى الغرماء البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتاق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود المولى الا بالبينة *

فصل

لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة بيّن احكام اذن الصبي الا انه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا

اذا اذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي رح لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولانه مُوَلّى عليه حتى يملك الولي التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة لان كونه مولى عليه سمة العجز وكونه واليا سمة القدرة وصار كالطلاق والعتاق لا يصحان منه وان اذن له الولي بخلاف الصوم النفل والصلوة النافلة لانهما لا يقامان بالولي فيصحان منه **قوله** وكذا الوصية على اصلي يعني قلت بصحتها كصحتهما اذا كانت في ابواب الخير واصله ان كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة وقد تحققت فيجب تنفيذها اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه اما انه تصرف مشروع فلان الله تعالى احل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون المبيع مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي مالك لهذا التصرف فكذا من اذن له الا ترى ان الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان اذن الولي بذلك **قوله** والصبا سبب الحجر جواب عن قوله لان حجره لصباه وتقريره انا لا نسلم ان حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في امور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يعلم انه لولم يكن هاديا في امور التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كما اذن للعبد المولى **قوله** وبقاء ولايته جواب عما

يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبا من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين اي بمباشرة وليه وبمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك ان تصرفات الصبي على ثلثة اقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يؤهل له اصلا والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الاذن لان نقصان رأيه ينجبر برأي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه احد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله فان قيل اذا باع شيئا باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب يقدم على الجد* وترتيبه وليه وهو الاب ثم وصي الاب ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصيه ثم الوالي بخلاف صاحب الشرط يريد به امير البلدة كامير بخارى فكان الوالي اكبر منه لان له ولاية تقليد القضاء دون صاحب الشرط **قوله** والشرط ان يعقل قد تقدم ذكره **قوله** والتشبيه بالعبد المأذون له الى آخره كذلك لكن يرد عليه ان التعميم ليس بمستقيم فان المالك محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين يحيط بماله دون الولي واجيب بان انحجار المولى وعدم انحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى اجنبي منه اذا كان الدين مستغرقا ويصح اقراره بعد الاذن في ما هو كسبه عينا كان او دينا ولية

لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغين واورد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لايملك الاقرار على مال الصبي فكيف افاده ذلك باذنه والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها وكذا بموروثه في ظاهر الرواية احترازعن رواية الحسن عن ابي حنيفة رح انه لايجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك لئلايمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث * وجه الظاهر ان الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين ولهذا انفذ ابوحنيفة رح بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما ماليه ولا يملك تزويج عبده بالاتفاق وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف رح ولا كتابته وان كان المولى والوصي يملكانها لان الاذن يتناول ماكان من صنيع التجار والكتابة ليست منه والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي بصيرماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على اذن المعتوه على ما بيناه يعني قوله وذكرالولي في الكتاب ينتظم الاب والجد الى آخره وحكمه حكم الصبي اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب في التجارة قال ابو بكر البلخي رح لايصح قياسا وهوقول ابي يوسف رح ويصح استحسانا وهوقول محمد رح *

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين * احدهما ان الغصب من انواع التجارة مآلا حتى ان اقرارا لمأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا * والثاني ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لايكون الغاصب مالكا لرقبته

فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة سواء كان متقوما اوغيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله اخذ مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز من الخمر وقوله محترم احتراز من مال الحربي فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده اي يد المالك لبيان ان ازالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب عندنا وعند الشافعي رح هو اثبات يد العد وان عليه وثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء اثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطاء موضوع **قوله** ومن غصب شيئاله مثل المغصوب اما ان يكون قائما في يد الغاصب اولا والاول سيجيء * والثاني اما ان يكون له مثل اي يكون مما يضمن بمثله من جنسه اولا فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقط العبرة في الربويات فكان ادفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام

التام ان يتداركه بما هومثل صورة و معنى فان انقطع من ايدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة رح وقال ابويوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذهو الموجب ولمحمد رح الى آخره كلامه فيه واضح قيل انما قدم قول ابي يوسف رح ليثبت الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاقوال على هذه الازمنة لم يتأت الا بتقديم قول ابي يوسف رح وانكان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه قال المصنف رح معناه اي معنى قوله لا مثل له العدديات المتفاوتة وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هوالله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعاللضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب كالجوز والبيض فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت قيل وانما اقتصر على المكيل ولم يقل الموزون لان من الموزونات ماليس بمثلي وهوالذي في تبعيضه ضرر كالمصنوع من القمقم والطست وليس بواضح لان من المكيل ما هوكذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة * وان كان الاول فعلى الغاصب رد العين ولعمري ان تقديم هذا القسم كان انسب فتأمل لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد اي على صاحب اليد عين ما اخذت اليد حتى يرد وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه وهو واضح ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه ان لا يريد باخذه سرقته ولكن ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال الاذى عليه اوقاصد اللعب وهو يريد انه يجد في ذلك ليغيظه ولان اليد حق مقصود بدليل جواز اذن العبد في التجارة فانه لا حكم لشراه في حقه سوى التصرف باليد لا سيما اذا كان مديونا فانه ليس

هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم ان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب عليه اعادتها بالرد اليه وهو الموجب اي رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام * فمنها ما اذا ابرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح * ومنها صحة الكفالة مع ان الكفالة لا تصح بالعين * ومنها وجوب الزكوة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا تجب عليه الزكوة اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابرأ ان ما هو بعرضية ان يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير والانوار وعن مسئلة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسئلة الزكوة ما ذكرناه في مسئلة الابراء ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ومقدار ذلك مفوض الى رأي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي او حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها قضى عليه ببدلها بما اتفقا عليه من القيمة او اقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي امرا عارضيا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السيران الغاصب اذا غيب المغصوب فالقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قلت

قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل **قوله** والغصب فيما ينقل ويحول الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ما له اصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد * وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان * والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر لان الغصب بحقيقته يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق واذا غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يضمنه وهو قول ابي يوسف رح الاول والشافعي رح لتحقق اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين من جنس واحد على محل واحد في حالة واحدة وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا آجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفتان فيتحقق الوصفان يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وهو الغصب اي تحقق الوصفين هو الغصب على ما بينا فصار كالمنقول في تحقق الوصفين وجحود الوديعة في العقار فانه اذا كانت وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت ان جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي رحمه الله للالزام فانه يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا اي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي باخراج المالك عنها اي عن العقار بمعنى الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول

النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ذكر في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد * وذكر في المبسوط والاصح ان تقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك **قوله** ومانقص منه بفعله وسكناه ضمنه وما نقص الغاصب من العقار بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد والشافعي رحمهما الله فظاهر واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله ويدخل فيما قاله يعني التدوري اذا انهدمت بسكناه وعمله بان كان عمله الحداد ة او القصارة فوهي جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو غصب دارا او باعها وسلمها واقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار على انها ملكه فهو على الاختلاف في الغصب لا يضمن البائع للمالك شيئا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما خلافا لمحمد رح * وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب واما اذا كان له بينة امكنه ان يقيمها على ان الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله هو الصحيح يحتمل ان يكون احترازا عن قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا اشهدا بدار لانسان وقضي له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما اجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد رح وعلى تقدير ان يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين ان الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو اقام البينة

البينه على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالا تلاف واما في مسئلتنا فالا تلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينة الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه قضي له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان ويعرف النقصان بان ينظر بكم كان تستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة يعني على رأي من يرى ان الموجب الاصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا او تتقرر اي القيمة بذلك السبب يعني على رأي من يرى ان الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فاذا هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب ولهذا اي ولكون الغصب السابق هو السبب تعتبر قيمته يوم الغصب ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله او فعل غيره وان نقص المغصوب في يد الغاصب ولم ينجبر نقصانه بوجه آخر ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل ان كانت جارية فاعورت او ناهدة الثديين فانكسر ثديها او في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة لانه دخل في ضمانه بجميع اجزائه بالغصب وقد فات منه جزء فتعذر رده وما تعذر رد عينه يجب رد قيمته واما اذا انجبر نقصانه مثل ان ولدت المغصوبة عند الغاصب فردهما وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا لزفر رح * فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلوا اما ان يكون الرد في مكان الغصب اولا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر لفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين اخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان

له ان يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر * فقوله بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته وبخلاف المبيع معطوف على قوله بخلاف يعني اذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل ان يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة متلافا عورت في يد البائع فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع اجزائها وصفاتها فكانت مضمونة قال المصنف رح ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او اناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله **قوله** ومن غصب عبدا فاستغله اي ومن غصب عبدا فآجره وقبض الاجرة فصار مهزولا في العمل فعليه النقصان لما بينا انه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها وعلى هذا اذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة لابي يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندا اذا ضمن ولهما القول بالموجب اي سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل اصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستند

مستند فانى يكون الخبث اجاب بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد الى المالك يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فان الغاصب ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث ما كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره اي غير الغلة بتأويل المذكور او الاجر او المال لانه محتاج اليه وللمحتاج ان يصرفه الى حاجة نفسه وهو اولى بذلك لانها ملكه وان كان فيه خبث فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا انه محتاج اليه وكذلك ان استهلك الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شيء عليه وان كان غنيا فعليه ان يتصدق بمثله **قوله** ومن غصب الفا فاشترى بها جارية الغاصب اذا تصرف في المغصوب او المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رح وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا اي عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر اما فيما لا يتعين بالتعيين كالنمنين الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب يعني الجامع الصغير اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد بها انا اشار اليها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهذه اربعة اوجه ففي واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب وذكر في المبسوط وجه آخر لا يطيب

فيه ايضا وهو انه دفع الى البائع تلك الدراهم اولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل فى الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام رحمه الله قال مشائخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال اي فى الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال ذلك لانه اذ انقد منها ولم يشر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما ان تصير عينها عوضا فلا فثبت شبهة الخبث وان اشار اليها ونقد من غيرها ما علام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الاشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث ايضا وسبيل مثله التصدق فاستوت الوجوه كلها فى الخبث ووجوب التصدق وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء بل يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلا يظهر الربح *

فصل

لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها وقوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او خلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احترازا عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة

بذبوحة وشاة حية وقوله واعظم منافعها ليتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشا وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها وفيه اشارة ان الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على انه لا بد للغاصب فيه من فعل **قوله** وهذا كله يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رح غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا اذ الدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث مالم يكن موجود او تفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب الا ترى ان الربوا يجري بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعي رح يضمنه لان على اصله تضمين النقصان مع اخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه انه يزول ملكه عنه ولا يسقط عنه حقه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته قوله وللشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا وتقريره ان بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك لان الموجب الاصلي في الغصب رد العين عند قيامه ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت فان الدقيق يكون لمالك الحنطة كذلك هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه يتخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به اجاب بقوله ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول ان الفعل المحظور لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما اذا عدم الفعل اصلا وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة واربها اي جعلها

عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظورا ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيّها وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واحداثها صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه اي حق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف في الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا ترجيح كان الرجحان في الذات احق منه في الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشي والطبخ لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه **قوله** ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محظور جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره ان لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله بخلاف الشاة جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره ان العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم انه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد ابقى اسم الشاة قبلها مع تعريج جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين بخلاف الطبخ بعده لانه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها ان يأخذها **قوله** وهذا الوجه اي وجه الاستدلال ببناء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او قطنا فغزله او سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار

بالخيار على ما سيجيء لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله لايحل له ظاهر وقوله ووجهه اي وجه القياس ان ثبوت الملك مطلق للتصرف يعني ان الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه حق المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضى غيره الا يرى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وهو حديث رواه ابو حنيفة رح عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة انصاري فقدم اليه شاة مصلية اي مشوية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغه فقال انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري انها كانت شاة اخي ولو كانت اعز من هذا لم بنفس علي بها وسارضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام اطعموها الاسارى قال محمد رحمه الله يعني المحتبسين فامره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان ان الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما امر بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء **قوله** ولان في اباحة الانتفاع دليل معقول وهو ظاهر وقوله ونفاذ بيعه جواب عن قوله ولهذا الوهبه وتقريره ان نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله واذا ادى البدل راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح وقوله او ضمنه الحاكم يعني اذا كان مال اليتيم وقوله بخلاف ما تقدم اشارة الى قوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا وقوله واصله ما تقدم اشارة الى ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان **قوله** وان غصب ذهبا او فضة اي اذا غصب ذهبا او فضة فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صير احد اثها حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه كسره

وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات
وبعد ما ضرب صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب
كان يسمى تبرا وذهبا وفضة وبعده دنانير ودراهم ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم
ولابي حنيفة رحمه الله ان العين باقية من كل وجه الا يرى ان الاسم باق والاحكام الاربعة
المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربوا ووجوب الزكوٰة كذلك
واذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك قوله وصلاحيته لرأس المال جواب عن قوله والتبر
لا يصلح الى آخره وتقريره ان الصلاحية امر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة
لا انه هلك العين بها من وجه وقوله وكذا الصنعة جواب عن قوله احدث صنعة معتبرة متقومة
ومعناه انها غير متقومة في جميع الاحوال لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم
عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا
وذلك لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها
كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حق المالك والتحرز
عن الربوا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجده صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن
له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل
ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان ثمه كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون
وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه **قوله** ومن غصب ساجة بالجيم وهي الخشبة
العظيمة لان الساحة بالحاء سيأتي بعد هذا فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب
قيمتها وذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة واما اذا كانت
قيمة الساجة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت في
قوله وجه آخر لنا فيه وقال الشافعي رحمه الله للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه
يعني في اول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الى آخره ووجه

ووجه آخر لنا فيه اي في تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهب اليه الشافعي رح اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او ادخل اللوح المغصوب في سفينته والسفينة مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك ان ينزع لوحه منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له ان ينزع لوحه منها عنده فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف النفس لا لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء اما اذا بنى على الساجة ينقض لانه متعد فيه قال المصنف رح وجواب الكتاب يعني قوله فبنى عليها يرد ذلك وهو الاصح قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساجة قبل البناء عليها تصلح للاحراق تحت القدور ولابواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشيء من ذلك الا بالنقض والتغير يوجب انقطاع حق المالك **قوله** ومن ذبح شاة غيره ومن ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما اعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان ذلك زيادة فيها لا نقصا حيث اعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان ولتأخر الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يدهما اي يد الشاة والجزور هذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يضمنه شيئا يعني في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره

انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش فى الثوب على ما سيجيء ولكنه لا يعم الجزور بظاهره ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الاغراض اذا لم يجعل البيان منحصرا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم مأكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل انهما فى الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين * احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم * والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال فى الاول انه اتلاف من وجه وفى الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر فى الذخيرة والمغني فقال وفى المنتقى هشام عن محمد رح رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان **قوله** بخلاف قطع طرف العبد المملوك متعلق بقوله للمالك ان يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الآدمي وغيره ان الآدمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك **قوله** ومن خرق ثوب غيره اختلف الناس فى الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش * فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه فهو يسير * وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه

دونه فهو يسير واشار في القدوري الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه ان لا يبقى للباقي منفعة الثياب بان لا يصلح لثوب ما قال المصنف رح والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين قيل يعني من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت به شيء من اجزائه وجنس المنفعة يعني ان لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا فقال اذا غصب ثوبا وقطعه قميصا ولم يخطه فله ان يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك ان الفائت به بعض المنافع لانه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقباء وامثاله والساقط من القيمة اقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لاتخاذ القباء والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة او الى جانب البقاء واخذ العين وضمن نقصان القطع * ووضع المسئلة بلفظ الثوب اشارة الى ان الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لا يلبس كالكرباس **قوله** ومن غصب ارضا كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضي الامام ابو علي النسفي رح يحكي عن الكرخي رح انه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال * ان كانت قيمة الساجة اقل من قيمة البناء فليس له ان يأخذها * وان كانت قيمة الساجة اكثر فله ان يأخذها قالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال

في لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعتها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة اقل خيّر صاحب اللؤلؤة ان شاء اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذا اذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلاء وتعذر اخراجه ينظر ايهما كان اكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف ايهما شاء وله امثال غير ما ذكر وقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق صحّحه في المغرب بتنوين عرق اي ليس لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا * وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه **قوله** يقوم الارض الى آخره يعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الارض خمس دنانير للغاصب فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البناء قوله ومن غصب ثوبا الى آخره ظاهر وقوله اعتبارا بفصل الساحة يعني كما ان في فصل الساحة يؤمر بالقلع اذا لم تتضرر الارض به فكذلك ههنا لان في كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله لان التمييز ممكن يعني بالقصر وقوله ولنا ما بينا يعني في مسئلة الساجة بالجيم بقوله ووجه آخر لنا وقوله والخيرة لصاحب الثوب جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب ابيض وبيانه ان تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافي بينهما وتخيير المالك اولى لان الثوب اصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ وقال ابو عصمة المروزي رحمه الله في اصل المسئلة يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر واحترز بهذا القيد عن ان يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وانّ كان حكم مسئلة الانصباغ ايضا كذلك لكن وقع من ابي عصمة في

في اصل المسئلة ففيده بذلک تصحيحا للنقل وقد ظهر بما ذكرنا في مسئلة الصبغ والانصباغ الوجه يعني جواب المسئلة وتعليلها في السويق من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه اي من القيمة المثل سماه به اي سمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه اي لقيام المثل مقام المغصوب وذكّر الضمير في منه وبه بتأويل ما يقوّم **قوله** فعن محمد رح انه ينظر الى آخره معناه ان ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله *

فصـــــــل

لما فرغ من كيفية ما يوجب الملک للغاصب شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب ومن غصب عينا فغيبها فالمالک بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنه الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال الغصب عدوان محض وما هو كذلک لا يصلح سببا للملک كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق وقلنا المالک ملک البدل وهو القيمة بكماله يعني يدا ورقبة وكل من ملک بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملک صاحب البدل دفعا للضرر عن مالک البدل لكن يشترط ان يكون المبدل قابلا للنقل من ملک الى ملک والمدبر ليس كذلک وكلامه يشير الى ان سبب الملک هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي رح بذلک مناسبا وهو مذهب القاضي ابي زيد فانه قال في الاسرار قال علماؤنا رحمهم الله

الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي قال شمس الائمة في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند اداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان اذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض السعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح ان يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل فيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان انه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر اثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء جواب عما يقال لا نسلم ان المدبر لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان البيع مصادفا للقن لا للمدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق واما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه **قوله** والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة يشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشائخنا رحمهم الله ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي رح يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشائخ رحمهم الله من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين

اليمين وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع * وكأن المصنف رح اختار قول من قال ذكر اوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رح في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلوائي ينبغي ان تحفظ هذه المسئلة لانه قال اقام بينة انه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وانما كان ذلك اصح لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغاصب دون العلم باوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغاصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به * وعلى هذا لا يحتاج الى تأويل ابي بكر الاعمش وهو ما قال تأويلها ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن فاما ان يكون ضمن بعد تمام الرضاء اولا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك اوببينة اقامها المالك او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قيل اخذه القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضى فكانت كالمسئلة الاولى اجاب بقوله واخذه دونها اي اخذ المالك مادون الزيادة لا يدل على تمام الرضاء لانه انما اخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره ولو ظهرت العين وقيمتها مثل

ماضمنها ودونه في هذا الفصل الاخير يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب اي فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض في ظاهر الرواية وقال الكرخي رح لاخيار له في استردادها لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله وهواي ظاهر الرواية الاصح لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لايتم الرضاء لم يسقط الخيار **قوله** ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا اوضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد على ما يذكر والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب فان له ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الوقف وفي رواية لايصح وقد تقدم في بيع الفضولي وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب لايضمن الا بالتعدي او بالجحود عند طلب المالك والاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى يضمن بالتعدي لما انها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذلك بدلها وقال الشافعي رح زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة بناء على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن هناك منع من المخرج ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في اول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك

كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمه ظاهرا انا لظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب او تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه اوذبحه واكله اوباعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان امارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد ولم يزل يدا في حق الولد وتضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البير في غير الملك وليس ثم ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد الامحالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا **قوله** وفي الظبية المخرجة من الحرم جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم ووجه ذلك ان القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار ان الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب اكثر مشائخنا واذا اطلق يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل

التمكن من الارسال او بعده فهو ضمان جناية اي اتلاف لان صيد الحرم وزوائده كان آمنا في الحرم صيدا وذلک في بعده عن ايدينا فالوقوع في ايدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلک بمجرد الوقوع في ايدينا ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد من الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلک الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وقوله ويجب يعني الضمان بالامانة والاشارة بالنص ملا ن يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى **قوله** وما نقصت الجارية بالولادة ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا عليه كما لو فاتت كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح ان تكون جابرة لذلک النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها تساوي ذلک النقصان فانه لا ينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما الى الحرم وكما اذا هلک الولد قبل الرد او ماتت الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر او قطع قوائم شجر الغير فنبتت قوائم اخرى مكانها او خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء او علمه الحرفة فاضناه التعليم فانه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند ابي حنيفة رح على ما عرف يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية وزنى بها

بها على ما يجيء وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات فصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت اخرى او قطع يد المغصوب في يد الغاصب واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف **قوله** وولد الظبية ممنوع جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم ان نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد وكذا لا نسلم ان الام اذا ماتت لا ينجبر قيمتها بقيمة الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية واما تخريجها على الظاهر فهو ان كلامنا في ما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا وروي عن ابي حنيفة رحمه الله رواية اخرى وهو انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الام ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه ان كلامنا في ما اذا رد الام بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بها واصل نكتة الخصم وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله أجيب بان المصنف رحمه الله اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر

فاطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا و بدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد أجيب بانه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطل الخلفية وبقي في ملك المولى فان قيل الولد عنده امانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما اشار اليه المصنف رح من عدم عده نقصانا لا يضمنه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني ايضا فلله در المصنف رح ما الطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيرا **قوله** ومن غصب جارية فزنى بها قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان و قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها وتابعه المصنف رح في قوله ثم يردها فتحبل بتقديم الرد على الحبل و وقع في عامة النسخ تقديم الحبل على الرد لبيان ان الحبل كان موجودا وقت الرد قالا الرد قد صح لانه اوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البرأة عن الضمان فان قيل لا نسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده أجاب بقوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل فولدت عند المشتري و ماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل ولابي حنيفة رحمه الله ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه ان يكون على الوجه الذي اخذ ولم يوجد ههنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف

بخلاف الحرة اذا زني بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها لانها لاتضمن بالغصب ولهذا لوهلكت عنده لايضمن فلايبقي ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلي **قوله** وفي فصل الشراء جواب عن قوله كمن اشتري جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق وهوان في فصل الشراء الواجب علي البائع ابتداء التسليم اي تسليم المبيع علي الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلک منه وموتها بالنفاس لايعدم التسليم وماذكرناه من وجوب الرد علي الوجه الذي اخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد فكان تمثيل مالم يوجد بشرطه علي ما وجد بشرطه وهوتمثيل فاسد * قيل وتحقيقه ان الشراء لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لاتدخل في الشراء ولهذا لايقابلها شيء من الثمن فكان الواجب علي البائع تسليم العين الذي هومال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاک في يده واما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لوغصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلک فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا * واما اذا حمت في يد الغاصب فلان سبب الموت ههنا من الحمي والضعف وقت الموت ويحتمل ان يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب اوحدثت في يد المالک اومركبة منهما فلايضاف الي سبب قائم في يد الغاصب بالشک **قوله** والزني سبب جواب عن قولهما وزنت في يده الي آخره وتقريره ان الزني الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المولم لا الجارح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالک بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن **قوله** ولايضمن الغاصب منافع ما غصبه منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رح مضمونة باجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال وربماسمي الاول غصبا والثاني اتلافا في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصّل مالک رح فقال ان سكنها فكما قال الشافعي رح وان عطلها فكما قال ابوحنيفة رح للشافعي رح ان المنافع اموال متقومة لكونها غير الآدمي خلق

لمصلحة الآدمي ويجري فيه الشح والضنة وتضمن بالعقود صحيحة كانت او فاسدة بالاجماع فكذا بالغصوب لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد على الميتة ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه اي تصرفه وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى وما حدث في امكان الرجل فهو ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته الى اقامة التكاليف فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا اتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وابقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى انها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض الا ترى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل ان القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات وقد عرفت هذا المأخذ اي العلل التي هي مناط الحكم اوما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان الى آخره في المختلف يعني في مختلف ابي الليث رح وقوله ولا نسلم انها متقومة جواب عن قوله المنافع اموال متقومة وتقريره انا لا نسلم انها متقومة في ذاتها لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل تتقوم لضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد عليها

عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه الآن اي لكن ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين *

فصــــل في غصب مالا يتقوم

لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بيّن غصب مالا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه تقومه او بتغيره في نفسه الى التقوم **قوله** واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره هذه المسئلة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي ولا ضمان على المتلف في الاولين بالاجماع واما في الاخيرين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعي رح وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له **قوله** سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلموهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها لا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان اي ما يضمن به ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولّوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر بأخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لانجادلهم على الترك والسيف موضوع يعني لا يجبرون على الترك بالالزام بالسيف لعقد الذمة وحينئذ تعذر الالزام على ترك التدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ونوقض بما اذا مات المجوسي

عن ابنتين احدٰهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان وقوله بخلاف الميتة والدم جواب المقيس عليه للشافعي رح لم يذكره في الكتاب لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان مثلية وتذكير الضمير في الكتاب بتأويل الشراب او المذكور لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا لها بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فان جرت بينهما مبايعة جاز لهم التمليك والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه **قوله** وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الى آخره لاتساق ما بعده من العطف حينئذ وقوله لانه مستثنى عن عقودهم يعني بعدم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسق منهم لا تدين لثبوت حرمة الربوا في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيئا وان كان اعتقاد الذمي ان العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رح * ووجه الجواب انا ما ضمنا لهم ترك التعرض للعبد المرتد للذمي لما فيه اي في ترك التعرض من الاستخفاف بالدين بالترك والاعراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين واجيب بان ذلك كفر اصلي والنصراني مقر على ذلك بخلاف الارتداد **قوله** وبخلاف متروك التسمية يتعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل

اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب ان يقول بوجوب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رح ووجه الجواب ما قاله ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين **قوله** فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فكل منهما على وجهين لان التخليل والدباغ اما ان يكون بخلط شيء وبماله قيمة اولا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها ودبغ بالقرظ بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما ان يكون الخل والجلد باقيين اولا فان كانا باقيين اخذ المالك الخل بلا شيء واخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره في الكتاب وهو بيّن وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه وان هلكا في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع ولهذا لم يذكره والتنبيه على ذلك انه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه وقوله اما الخل دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فاما اذا القاه صاحبه في الطريق فاخذه رجل فدبغه

فليس للمالك ان يأخذه وعن ابي يوسف رحمه الله ان له ان يأخذه في هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا على ملكه وهو مال متقوم وقد استهلكه فيضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه وقوله ولانه واجب الرد دليل آخر وتقريره ان الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني ان القاضي قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ اما اذا قومها بالدراهم والدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويوخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه ولابي حنيفة رحمه الله لا نسلم ان الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع اصله كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك **قوله** بخلاف الرد جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل ان الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه اصل لا تابع فوجب رده ويتبعه الصنعة وقوله بخلاف الذكي والثوب جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا واقحمه الذكي استظهارا لان التقوم فيهما

فيهما اي في الذكي والثوب كان تابنا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان ولوكان الجلد قائما فلراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه اى الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم ويضمنه قيمته قيل لبس له ذلک بلا خلاف لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلک عند ابي حنيفة رح وعند هما له ذلک وقوله لانه اذا تركه دليل ان في المسئلة خلافالادليل المتخالفين ووجه ذلک انه اذا ترک الجلد على الغاصب وضمنه عجزالغاصب عن رده فصار كالاستهلاک وهواى الاستهلاک على هذا الخلاف على ما بيناه آنفا وفيه نظر لان العجز في الاستهلاک لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالک ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلک ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاک وقيل قيمة جلد ذكي غيرمدبوغ هذا كله اذا دبغ بما له قيمة وخلل بغير خلط شيء واما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهولصاحبه بلاشيء لانه بمنزلة غسل الثوب وهولايزيل ملک المالک ولواستهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعالانه صارمالا على ملک صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حقاللمالک فيضمن بالاستهلاک واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غيرمدبوغ وقد ذكروجه القولين في الكتاب وهوظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيها قال المشائخ رحمهم الله صار الخل ملكا للغاصب ولاشيء عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اخذه المالک واعطى مازاد الملح فيه كما في دباغ الجلد وقوله قالوا يشير الى ان ثم قولا آخر وهوما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه ظاهر سوى الفاظ يشير اليها **قوله** فهو على ما قيل وقيل بتكرير قيل اشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولوكان قائما فاراد المالک الى ان قال قيل

له ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رح وقوله وهو على اصله ليس باستهلاك اي اصل محمد رح فان اصله وهو قول ابي يوسف رح ايضا ان خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فاذا اتلفه فقد اتلف خل نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه وقوله هو للغاصب في الوجهين يعني ما اذا صارت خلا من ساعته او بعد زمان وقوله اجروا جواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ومعناه ان بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم وبعضهم اجروه على اطلاقه وقالوا للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها وهو التخليل بغير شيء والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما **قوله** ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله اهراق له سكرا اي صبه يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء واهراق يهريق بسكونها والهاء في الاول بدل من الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح والله اعلم *

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز منه مع كثرته بكثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه * وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري * وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة اوجوار

اوجوار **قوله** الشفعة واجبة للخليط الشفعة واجبة اي ثابتة للخليط في نفس المبيع اي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعني الملاصق قال المصنف رح افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب والدليل على الاول ماروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه قيل معناه احق بها عرضا عليه للبيع الا يرى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا واجيب بانه صلى الله عليه وسلم جعله احق على الاطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة احق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة وقوله صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وفي رواية الجار احق بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع * والثاني للشريك في حق المبيع * والثالث للجار وقال الشافعي رح لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله صلى الله عليه وسلم الائمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله ولان حق الشفعة دليل له معقول وتقريره ان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه فكان

الواجب ان لايثبت حق الشفعة اصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا اصلا ولا دلالة اذا لم يكن في معناه من كل وجه وهذا اي الجار يعني شفعة الجار ليس في معني ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله في الاصل اي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم ويفهم من جملة كلامه ان نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لايحتمل القسمة كالبير والحمام ولنا ما روينا من الاحاديث من قوله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه رواه البخاري وابو داؤد ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تأبيدا احترازعن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احترازعن المشتري شراء فاسدا فانه لاقرار له لوجوب النقض رفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا اي الحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لايقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لانه في معناه اذ الاتصال على هذه الصفة يعني اتصال التأبيد والقرار انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذ الجوار مادة المضار من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار الاطلاع على الصغار والكبار وقطع هذه المادة بتمليك الاصيل يعني الشفيع اولى لان الضرر في حقه بازعاجه من خطة ابائه اقوى فيلحق به دلالة وحاصله ان الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع اسهل من الرفع **قوله** وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لولم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من اخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب ان مؤنة القسمة امر مشروع لايصلح علة لتحقق ضرر غيره وهو

وهو التملک على المشتري من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض * وقد اجاب بعضهم بان قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترک الالزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين وذلک يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بان كان الطريق واحدا تجب الشفعة وانما نفى الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان فى القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة اولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها* والدليل على الثاني اعني على الترتيب قوله صلى الله عليه وسلم الشريک احق من الخليط والخليط احق من الشفيع قال المصنف رحمه الله فالشريک في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله ولان الاتصال دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله ولان ضرر القسمة يعني قد ذكرنا ان دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة للاستحقاق صلح مرجحا لان الترجيح ابدا انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق **قوله** وليس للشريک فى الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب ثبت ان المتأخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية فان سلّم فللمتأخر ان يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريک حق التقدم لكن من شرط ذلک ان يكون الجار طلب الشفعة مع الشريک اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ اذا سلم الشريک فان لم يطلب حتى سلم الشريک فلا حق له بعد ذلک وابو يوسف في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذاک بين الاخذ والتسليم والشريک فى المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريک دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رح لان اتصاله اقوى

لان المنزل من حقوق الدار و مرافقه ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هولها والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع و الشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صارا حق بالبعض كان احق بالجميع و الرواية الاخرى انه والجار سواء في بقية الدار ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصاحتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفاسير المذكورة له * والقَراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا نبات سيح وذكر استحقاق الشفعة في السكة واحاله على ما ذكره في كتاب القضاء بقوله والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي وهو قوله لان فتحه للمرور و لا حق لهم في المرور * واصل ذلك ان استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة و من لا فلا و قد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب و لوكان نهر صغير يؤخذ منه نهرا صغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه يعني قوله فان كانت سكة غير نافذة تنشعب منها سكة غير نافذة الى آخره فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسئلة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار **قوله** واذا اجتمع الشفعاء اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعي رح فان كان دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضي بذلك بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله اثلاثا بقدر ملكهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب

في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير اكثر اتصالا فاني يتساويان اجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدلائل لا بكثرتها ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلتها حتى يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيئا لان المرجوح يندفع في مقابلة الراجح وعورض بان الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد فيجوز ان يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فانه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية مطلقا تستلزم ذلك اوالتي لم تجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والا لزم الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح الا ترى ان الشاهدين والاربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم تجتمع في الابن علتان انضمت احدهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته بجعل الشارع كذلك من حيث الحالتين وقوله وتملك ملك غيره جواب من جعل الشفعة من ثمرات الملك يعني ان التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه **قوله** ولو اسقط بعضهم يعني اذا اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلو اما ان يكون قبل القضاء له بحقه او بعده فان كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون انصبائهم كما تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحاضرين على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر

وطلبها يقضي له بالنصف فان حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وان كان بعد القضاء له بحقه فليس للآخران يأخذ الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضي به لصاحبه والمقضي عليه في قضية لا يصير مقضيا له فيها ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم اقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف وهو مسئلة الكتاب لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء **قوله** والشفعة تجب بعقد البيع قال في المختصر والشفعة تجب بعقد البيع وهو يوهم ان الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشائخ رحمهم الله لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار لتحقق ذلك ورد بانه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكوٰة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد **قوله** والوجه فيه اي في هذا التأويل ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار ورغبته عنه امر خفي لا يطلع عليه وله دليل ظاهر يعرفه وهو البيع فيقام مقامه والحاصل ان الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل ان البيع اذا ثبت في حق الشفيع باقرار البائع به صح له ان يأخذه وان كذب به المشتري ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عنه

عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية **قوله** وتستقر بالاشهاد للشفعة احوال * استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم * واستقرار وهو بالاشهاد وهو يعتمد الطلب ولابد من طلب المواثبة اي من طلب الشفعة على المسارعة * اضاف الطلب الى المواثبة لتلبسه بها لانه اي لان الشفعة ذكر الضمير نظرا الى الخبر حق ضعيف يبطل بالاعراض قال عليه السلام الشفعة كحل العقال ان قيدها ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لابد من دليل يدل على انه اعرض عنه اودام عليه والاشهاد والطلب يدلان على الدوام فلابد منهما ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد * وتملك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري اوبقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر **قوله** وتظهر فائدة هذا اي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت اخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله في الصورة الاولى يعني اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا يورث عنه وقوله في الثانية يعني اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله في الثالثة يعني اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله ثم قوله تجب بعقد البيع يعني قول القدوري *

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه **قوله** واذا علم الشفيع بالبيع كلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى الفاظ يتنبه عليها طلب المواثبة سمي به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة **قوله** وهو ان يطلبها كما علم اي من غير توقف سواء كان عنده انسان اولم يكن وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل

الباب لانه حق ضعيف وقوله والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود * وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط وقوله بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري رح لو قيل لقروي بيع ارض بجنب ارضك فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا صحيحا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة واخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح انه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال اطلب وآخذ يبطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره المصنف رح وقوله واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي واراد باخواته المولى اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر وقوله بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله يعني ان المرأة اذا اخبرت بان زوجها خيّرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر اولا فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والا فلا لما ذكرنا انه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه احدى شطري الشهادة وقوله او على المبتاع يعني المشتري او عند العقار قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار واما اذا سمع الشراء بحضرة احد هؤلاء فطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الاقرب من هذه الثلثة وقصد الابعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان احدهم في مصر والآخران في مصر آخر او في رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة احد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته **قوله** ولا تسقط

تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم اجمعوا على انه اذا تركه بمرض او حبس او غير ذلك و لم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته وان طالت المدة **قوله** وما ذكر من الضرر جواب عن قول محمد رح يعني ان الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا تبطل وهو غائب لا تبطل وهو حاضر * نقل في النهاية عن الذخيرة ان الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء فانه ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري او البائع او الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى احد هذه الاشياء قبل ان يطلب هذا الطلب او ان يبعث من يطلب فلا شفعة له **قوله** واذا تقدم الشفيع الى القاضي هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر **قوله** لاختلاف اسبابها فانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره اولا وربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان اقرب بابا فلابد من البيان وقوله تم دعواه قيل لم يتم بعد بل لا بد وان يسأله فيقول هل قبض المشتري المبيع اولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين اخبرت به ليعلم ان المدة طالت اولا فان عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وهذا لا يلزم المصنف رح لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة رحمه الله في عدم البطلان بالتأخير وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فان قال طلبت حين علمت او اخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل يحتمل

ان يكون بيد ملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان اقام فقد تم دعواه وان عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم ان الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه امرا لو اقر به لزمه فاذا انكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما في يد غيره فان نكل ثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان اقر فذاك وان انكر قيل للشفيع اقم البينة فان اقامها فذاك وان عجز عنها استحلف المشتري على انه ما اشتراه او ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه بريد ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى **قوله** وتجوز المنازعة في الشفعة وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المصنف رح وهذا ظاهر رواية الاصل ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري ان يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه او من ورثته ان مات وعن محمد رح انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع ان البائع ازال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد اضر بنفسه عن اختيار فلا ينظر له بابطال ملك المشتري وانما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع فاما المشتري ههنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار ليقال اضر بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة اذا ماطل في دفع الثمن * وجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره فلا بد من القضاء بها

بها لیتمكن المشتري من المطالبة واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسها حتى يستوفي الثمن و يكون القضاء نافذا عند محمد رح ايضا لانه فصل مجتهد فيه و وجب عليه الثمن فيحبسه به فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي **قوله** وان احضر الشفيع البائع الى الحاكم و المبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة له اي معتبرة كيد الملاك ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله و انما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعي عليه الا ان الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما نرى اما كونه خصما فقد بيناه و اما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك في احدهما مع البائع وتفرد بالاخرى اما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع عليهما ولا بد من حضور المقضي عليه للقضاء بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته اجنبيا لم يبق له يد ولا ملك * و اما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله وهو ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لان نقض البيع انما هو لاجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا كان ممتنعا فات الغرض من الشرى وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنه يبقى اصل البيع يعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد على موضوعه بالنقض كما ذكرنا فيستحيل البقاء بتحويل الصفقة

الى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشائخ رح وهو المختار * وقال بعضهم تنتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي ولما كان له ان يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على ان البائع بريء من كل عيب بها لكن له ذلك * والجواب ان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما تغير في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحولت الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل **قوله** فلهذا اي فلتحول الصفقة اليه يرجع بالعهدة على البائع لانه بائع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض **قوله** ومن اشترى دار الغيره فهو الخصم المشتري اذا كان وكيلا فاما ان سلم المبيع الى موكله قبل الخصومة او لا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد والاخذ بالشفعة من حقوقه وان كان الاول فالموكل هو الخصم لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما ان الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم اجاب المصنف رح بقوله الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل لكونه نائبا عنه فيكتفى بحضوره والبائع ثم ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفى بحضوره **قوله** وكذلك اذا كان البائع وكيلا ظاهر وقوله وكذا اذا كان البائع وصيا يعني يكون الخصم

الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازا عما لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصي ببيع التركة اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم وقوله واذا قضي للشفيع بالدار الى اخره ظاهر وقد ذكرناه ايضا الله اعلم بالصواب *

فصل في الاختلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه **قوله** واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه لان الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار باقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخير الشفيع بين الترك والاخذ فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن اقامة البينة كان القول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد ثمه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه وان اقاما البينة فهي للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح هي للمشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة فانها للبائع وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فانها للمشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة ولهما انه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة بالف واخرى بالفين على ما شهد عليه البينتان وفسخ احدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فجاز ان يجعلا موجودين في حقه وله ان يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانهما لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول فالجمع بينهما غير ممكن فيصار

الى اكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري ولا يمكن توالي العقدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على انها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد رح ان البينة بينة الموكل لان الوكيل صدر منه اقرار ان اي بحسب ما توجبه البينتان فكان للموكل ان يأخذ بايهما شاء واما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف رح ولئن سلمنا ان البينة للمشتري فذلك باعتبار ان التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثاني هنالك الا بفسخ الاول وهذه طريقة ابي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة حكاها محمد رح واخذ بها وقوله ولان بينة الشفيع ملزمة لانها اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء او ابى والملزم منها اولى لانها وضعت للالزام وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يخير بين ان يأخذ او يترك وغير الملزم منها في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة اخرى له حكاها ابو يوسف رح ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بينة البائع والمشتري والوكيل والموكل فان كل واحد منهما ملزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو لانها غير ملزمة **قوله** واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه اذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فاما ان يكون مقبوضا او غير مقبوض او يكون القبض غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما ان يدعي البائع اقل او اكثر فان كان اقل اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري ووجه المذكور في الكتاب واضح وقوله ولان التملك وجه آخر وانما كان التملك على البائع بايجابه لانه لولم يقل بعت لا يثبت للشفيع شيء الا يرى انه لو اقر بالبيع وانكره المشتري ثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان اكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادا

وترادا بالحديث المعروف وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم وان كان مقبوضا اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما ان يقر البائع بالقبض اولا فان كان الثاني ولم يذكره في الكتاب فالظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والفرض ان المشتري يدعي اكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري فاما ان يقر اولا بمقدار الثمن ثم بالقبض او بالعكس فان كان الاول كما لو قال بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بقول البائع اي بالالف لانه اذا بدأ بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به اي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق باقراره بالثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى اجنبيا من العقد اذ لا ملك له ولا يد وحينئذ يجب ان يأخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم آنفا ان الثمن اذا كان مقبوضا اخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وان كان الثاني كما لو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله ويأخذها بما قال المشتري لان بالاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار اجنبيا وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان المبيع اذا كان في يد البائع فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله وهذا ظاهر لانه لم يصر اجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا والله اعلم *

فصل في ما يؤخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ

به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لان الثمن تابع **قوله** واذا حط البائع عن المشتري حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لان في المرابحة ليس في التزام الزيادة ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع باقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب ان البائع اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شيء لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذ بالثمن والثمن ما بقي واذا حط بعده رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بيناه في البيوع في فصل قبيل الربوا وباقي كلامه ظاهر **قوله** ومن اشترى دارا بعرض اي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا اخذها الشفيع بقيمته اي بقيمة العرض لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ملكه به والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله بالقدر الممكن يشير الى الجواب عما قيل القيمة يعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة الا ترى ان الشفيع لو سلم شفعة الدار على ان يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن ووجهه ان مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فان اخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة **قوله** وان باع عقارا بعقار ظهر وجهه مما تقدم واذا باع بثمن موجل الى اجل معلوم فالشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه وليس له ان يأخذها في الحال بثمن موجل عندنا وقال زفر رح له ذلك وهو قول الشافعي رح القديم لان الاجل وصف في الثمن كالزيافة

كالزيافة والاخذ بالشفعة بداي بالثمن فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل
انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع فلا اجل فيما بين الشفيع وبينهما
وقوله وليس الرضاء دليل آخر تقريره لا بد في الشفعة من الرضاء لكونها مبادلة ولا رضى
في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضى به في حق المشتري ليس برضى في حق
الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم ولقائل ان يقول
لما كان الرضى شرطا وجب ان لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعا
وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري
ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله وليس الاجل وصف الثمن جواب عن قول زفر رح
ووجهه ان وصف الشيء يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لانه حق المشتري والثمن
حق البائع وقوله وصار كما اذا اشترى شيئا ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لامتناع
قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في اواخر باب طلب
الشفعة وقوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الى آخره
يوهم ان الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشائخ رح كما تقدم وليس كذلك
بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى
الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه وقوله وان اختار الانتظار ظاهر وقوله لقول
ابي يوسف رح الآخر احترازعن قوله الاول روى بن ابي مالك ان ابا يوسف رح كان
يقول اولا كقولهما ثم رجع وقال له ان يأخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان
الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ
بعد حلول الاجل او بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال
فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا لاعراضه عن الاخذ ووجه قولهما وقوله اولا ما ذكره
في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع اي عند العلم به والشرط الطلب

عند ثبوت حق الشفعة * ويجوز ان يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع واما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز ان يتأخر الى انقضاء الاجل وقوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب من قول ابي يوسف رح الآخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا **قوله** واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير ووجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذمي احتراز عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة له سواء قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير قال المصنف رح اما الخنزير فظاهر يعني لكونه من ذوات القيم واستشكل بان قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر واجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مرّ العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة او من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقي كلامه ظاهر

(فصل)

الاصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسها وبفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير في فصل على حدة واذا بنى المشتري او غرس ثم اخذ الشفيع بالشفعة فهو

فهو بالخيار ان شاء اخذ الارض بالثمن الذي اشتري به المشتري وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف رح انه لايكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وهو احد قولي الشافعي رح وله قول آخر وهو ان له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف رح انه محق في البناء لانه بناه على ان ملكه والمحق في الشيء لايكلف قلعه لان التكليف بالقلع من احكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له الشيء فانه اذا بنى ليس للواهب ان يكلفه القلع ويرجع في الارض و بالمشتري شراء فاسدا اذا بنى وبالمشتري اذا زرع فانه ليس له ان يكلف قلع الزرع بالاتفاق وهذا اي ماقلنا انه لايكلف لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع لاعلى الضررين ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله بتحمل الادنى وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجود مايقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير اليه وجه ظاهر الرواية ان المشتري بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير بحيث لايقدر على اسقاطه جبرا من غير تسليط من جهة من له الحق وكل من بنى في ذلك ينقض بناؤه كالراهن اذا بنى المرتهن في المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احترازعن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فان بناء هما حصل بتسليط الواهب والبائع وهذا اي نقض البناء لحق الشفيع لان حقه اقوى من حق المشتري ويجوز ان يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متأكدا لانه اي الشفيع يتقدم عليه اي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله مسجدا او مقبرة فكذا انقض تصرفاته بناء وغرسا بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهته فلاينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري في المشترى انما هو قوله واما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية **قوله** ولان حق الاسترداد معطوف على قوله لانه حصل فيهما اي في الهبة

والبيع الفاسد ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق اي حق الشفعة يبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة رح فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية او لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله فلا معنى لايجاب القيمة راجع الى اول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري اذا بنى او غرس ثم استحق رجع المشتري بالثمن وقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله والزرع يقلع جواب عن قوله وكما اذا زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفعا على الضررين لان قوله وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري تضمن ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم * وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشفوعة وصنعها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين ان يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصنع وبين ان يتركها واجيب بانه ايضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق ان النقض لا يتضرر به المشتري كثير السلامة النقض له بخلاف الصنع وقوله وان اخذه بالقيمة معطوف على مقدر دل عليه التخيير وتقديره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء اخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن لا غير اخذه من البائع او المشتري لانه تبين ان اخذه كان بغير حق وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع بقيمة البناء والغرس ايضا لانه متملك على المشتري فنزلا منزلة البائع والمشتري ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ماذكره ان المشتري مغرور ومسلط على البناء والغرس من

من جهة البائع ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قوله** وان انهدمت الدار كلامه ظاهر والتأمل فيه يرشد الى ان في قول من قال انهم يعني ائمتنا زعموا ان البناء اذا احترق لم يسقط شيء من الثمن من الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا لقلة التأمل فان منشأ الفرق ليس فعل الماء وانما منشأه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا فات من غير صنع احد واما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن وان نقض المشتري فالشفيع ان شاء اخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان البناء صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن وقد مر في البيوع وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا فبقي منقولا ولا شفعة فيه وقوله ومن ابتاع ارضا ظاهر وقوله وما كان مركبا فيه يعني مثل الابواب والستور المركبة وقوله على ما عرف في ولد المبيعة يعني ان الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الى الولد حكم التبع حتى يكون الولد ملك المشتري كالام وقوله في الفصلين يريد به ما اذا كان في النخل ثمر وقت الشراء ثم جذه المشتري وما اذا لم يكن ثم ثمر ثم جذه ثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زال وقوله في الكتاب يعني به مختصر القدوري الله اعلم *

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال **قوله** الشفعة واجبة في العقار الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار وهو ما له اصل من دار او ضيعة وان كان مما لا يقسم اي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق التبعية فلا تؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان واصله ما احاط به والخشب

بسكون السين وفتحها في معنى القدر واختار الجوهري الفتح وقال انما يسكن في ضرورة الشعر وقوله اذا لم يكن طريق العلو فيه لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له ذلك كان استحقاقه بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار والمسلم والذمي فيه سواء وقال ابن ابي ليلى الشفعة رفق شرعي فلا يستحقه من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا او مكاتبا فاذا كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المديون من المولى جائز دون غيره **قوله** واذا ملك العقار بعوض هو مال قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها ان يتملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك وعلى هذا لا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة عليها او يستأجر بها دارا او غيرها اي غير دار من عبد وحانوت او يصالح بها عن دم العمد او يعتق عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر على تمليك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه امكن مراعاة شرط الشرع الى آخره كافيا ولكنه استدل عليه بدليل مستقل

مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الى آخره استظهارا وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل واجر المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق وان تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا وقوله اي قول الشافعي رح يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه اي ما يشابه المهر كبدل الخلع والاجرة لانه لا شفعة عنده الا فيه حيث لا يرى شفعة الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام **قوله** ونحن نقول جواب من جعله هذه الاعواض متقومة وتقريره ان تقوم هذه الاعواض اما ان يكون مطلقا او ضروريا والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة **قوله** وكذا الدم والعتق غير متقوم انما افردهما لان تقومهما ابعد لانهما ليسا بمالين فضلا من التقوم واستدل على ذلك بقوله لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام العين من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة والدم ليس الاحق الاستيفاء وليسا من جنس ما يتمول به ويدخر وقوله وعلى هذا لبيان ان الفرض عند العقد وبعده سواء في كونها مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل او بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الشراء الفاسد واجيب بانه جاز ان يكون معلوما عندهما وبانه جهالة في الساقط والجهالة في الساقط لا تفضي الى المنازعة والمفسدة ما افضت اليها ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار اي في شيء منها وقالا تجب في حصة الالف يقسم قيمة الدار على مهر المثل والالف درهم لانه مبادلة مالية في حقه اي في حق ما يخص الالف وابو حنيفة رحمه الله يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولو كان البيع اصلا لفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بالف على ان تزوجني

نفسك وقوله ولان الشفعة دليل آخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة المالية واما ان يكون هي المقصودة فممنوع ووجهه ان كونها مقصودة لا بد منه الا يرى ان المضارب اذا كان رأس ماله الفا فاتجر وربح الفا ثم اشترى بالالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجيء فكذا في حصة الربح وهو التبع **قوله** اويصالح عليها بانكار عطف القدوري رحمه الله قوله اويصالح عليها بانكار على قوله اويعتق عليها عبدا من الصور التي لا تجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في اكثر نسخ المختصر وكلامه فيه ظاهر وقوله اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس حقه و قيد بذلك لانه اذا كان من جنسه كان آخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة **قوله** ولا شفعة في هبة لما ذكرنا يعني في قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا الا ان تكون بعوض مشروط في العقد ولا بد من القبض فانه اذا وهب دارا لرجل على ان يهب له الآخر الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد ان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة ان الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا يثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض ان كان العوض دارا لان كل واحد منهما هبة مطلقة عن العوض الا انه اثبت منها فامتنع الرجوع ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لانه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع يمنع عن الشفعة كما في البيع الفاسد فلان يمنع بقاء ملكه كان اولى فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ رحمهم الله انه يشترط الطلب عند

عند وجود البيع لانه هو السبب **قوله** وان اشترى بشرط الخيار ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله من قبل وتجب بعقد البيع الى ان قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار الى آخره **قوله** واذا اخذها اي اذا اخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز المشتري عن الرد ولاخيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين من البائع والمشتري فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها فان اخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لانه قرر ملكه واقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه لولم يجعل نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة ولتبين انه اخذها بغير حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري وفيه اشكال وهو ماذكره البلخي ان من اصل ابي حنيفة رحمه الله ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا يستحق الا بالملك فكان تناقضا وقوله اوضحناه في البيوع قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت بجنبها دار الى آخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال رائجة كانت في حق السؤال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه في كفاية المنتهي ولوكان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لاجل خيار البائع لا لاجل خيار المشتري **قوله** واذا اخذها يعني اذا اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لماذكرناه في طرف البائع وقوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها ظاهر وقوله ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى يعني الذي اشتراها المشتري بشرط الخيار له اي للشفيع ان يأخذها دون الثانية وهي التي اخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية **قوله**

ومن ابتاع دارا شراء فاسدا اول كلامه واضح وفي قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله الا ترى ان النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما وقبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا وقوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز يعني الاخذ بالشفعة واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع كما لم يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا مفسد ليصل الى حقه ولا يلزم تقرير الفساد واجيب بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا ثمن وهو فاسد ايضا وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد فاما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح جواب عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب ان المشتري ذلك صار اخص بالمبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل ان الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن في الخيار المشتري يملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفاسد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف واعترض بانا لا نسلم انه ممنوع عن التصرف بل له ان يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبائعه حق النقض وفيه تقرير الفساد ايضا واجيب بانا لا نسلم ان له ذلك بل هو منهي وقد يترتب على المحظور من الاحكام كالوطئ حالة الحيض وبه تحلل المرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المأمور بنقضه من

من الشرع ممتنع وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك كبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع واري ان قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير له كان كافيا وورود الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لرفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لرفع الفساد لكنه اتى بالسوال والجواب اشارة الى ان الشفعة تستحق على المالك بملك غير محظور وعلى من صار احق بالمبيع تصرفا والمشتري بالخيار ان لم يكن مالكا فهو احق بالتصرف والمشتري شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند ابي حنيفة رح وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو اي المشتري شفيعها لان الملك له لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث اخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لانا نقول المشتري بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة بشراء فاسد مع عدم الفساد في التي اخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبت الشفعة ثم لانتقل الشراء الفاسد من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقريره فلا يجوز فان قيل الملك وان كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراة بشراء فاسد فان بقاء ذلك منع الشفيع عن اخذ المشتري بالشراء الفاسد اجيب بان ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن بمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد ثم ان سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبائع بطلت الشفعة لزوال ما كان يستحقها به كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع

بعد الحكم بها ليس بشرط وان استردها اي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية لما بينا ان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط **قوله** واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها جبر القاضي والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر

قوله واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او خيار شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه ولا فرق في هذا يعني فيما اذا كان الرد بالقضاء بين القبض وعدمه واما اذا ردها بعيب بغير قضاء فاما ان يكون قبل القبض او بعده فان كان الاول فلا شفعة لانه فسخ من اصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضاء صاحبه او قضاء القاضي وان كان الثاني وهو مراد القدوري ففيها الشفعة على ما ذكر في الكتاب قال الشارحون قوله ومراده اي ومراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما واما رواية الكسر فمعناها ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار رؤية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل واما رواية الفتح فقد اثبتها الفقيه ابو الليث رح في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة وفيه نظر سيعلم وانكر فخر الاسلام ومن تابعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية هذه الرواية كما ذكر في الكتاب والامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا او موزونا من جنس واحد لان

لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون عين ما وقع في الاولى او مثله فلا فائدة فيه فاما اذا كانت عقارا او غيره فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا الله اعلم *

باب ما تبطل به الشفعة

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة اولم يعلم وعلم من اسقط اليه هذا الحق اولم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق **قوله** واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم يعني طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت الشفعة وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف رح من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلوة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا ان طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما اوضحه فيما تقدم وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاطه لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان آجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى

والفاصل بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه ومالم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لايقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال وقوله علي عوض اشارة الي ان الصلح اذا كان علي بعض الدار صح اولم تبطل الشفعة لان ذلك علي وجهين * احدهما ان يصالحه علي اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض * والثاني ان يصالحه علي اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لايجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض **قوله** وكذا لو باع شفعته يعني انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتي يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير اموال والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر واذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في ذمته فكان حقا متقررا واما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده علي وجه واحد فلم يكن حقا متقررا او بخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولايثبت العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده علي وجه واحد فكان اخذ العوض اكل مال بالباطل وهو لايجوز والكفالة بالنفس في هذا اي في بطلان الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية ابي حفص رح قيل وعليه

وعليه الفتوى ووجهه ان حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض منه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمان و ح لا تبطل الكفالة ولا يجب المال والفرق بينها وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضاء ولهذا لا يسقط بالسكوت وتمام الرضاء انما يتحقق اذا اوجب المال واما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية اي رواية ابي سليمان رح في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال وقيل هي اي هذه الرواية المذكورة في الكفالة خاصة يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرف في موضعه اي في المبسوط **قوله** واذا مات الشفيع بطلت شفعته اذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل قضاء القاضي بالشفعة اوتسليم المشتري اليه اوبعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته ليس لورثته ان يأخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي رحمه الله الاول كالثاني بناء على اصله ان الحقوق اللازمة تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها اولم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو ازاله باختياره بان باع سقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في ان الثابت للشفيع حق ان يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته اي لا يتقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي اووصيه في دين الميت فللشفيع ان ينقضه كما لوباعها المشتري في حيوته لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع حق

نقض تصرف المشتري فلايكون نافذا واذا باع الشفيع مايشفع به قبل القضاء بها فاما ان يكون باتا او بالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك ولهذا اي ولان زوال السبب مبطل يزول به اي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا او ابرأ من الدين ولايعلم ان له دينا عليه وطولب بالفرق بينهما وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري او استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا واجيب بان المساومة والاجارة لم توضعا للتسليم وانما تسقط بهما لدلالتهما على رضاء الشفيع والرضاء بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم انه يبطلها وان لم يعلم واجيب بان بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفعته لان الخيار يمنع الزوال فبقي الاتصال **قوله** ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع او بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري او اشتري له كالموكل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب ان الاول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لان اخذه بالشفعة كالشراء في كونه رغبة في المشفوعة والشفعة انما تبطل بالرغبة عنها وكذلك اي كوكيل البائع لو ضمن للمشتري الدرك آجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره الى آخره واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل منها او بحنطة او بشعير قيمته الف او اكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته اما في الاول فلانه انما سلم استكثارا للثمن المذكور فاذا ظهر اقل من ذلك بطل تسليمه * قال في النهاية كأنه قال سلمت ان كان الثمن الفا اراد انه تسليم

تسليم مشروط بشرط فينتفي با نتفاء شرطه وفيه نظر سيأتي بخلاف ما اذا ظهر اكثر من الالف فان مستكثر الالف اكثر استكثار اللاكثر فكان التسليم صحيحا واما في الثاني فلانه ربما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به اذ الجنس مختلف قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف اواكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا ويكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل كان اولى لان مستكثر القليل يستكثر الكثير فلما كان على شفعته اذا ظهر الاكثر مع وجود هذا الاحتمال المسقط فلان يكون عليها اذا ظهر اقل مع عدم هذا الاحتمال اولى وكذا كل مكيل اوموزون اوعددي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم اودنانير فصار كما لوقيل بيعت بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولوكانت قيمته اقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له وقال زفر رح له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا انهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة احدهما بالآخر متيسرة عادة واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار فالرضاء بجوار شخص قد لايكون رضى بجوار غيره قال محمد رح في الجامع لوقال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولاينزل الا بعد وجوده وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رح فيما تقدم ولايتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى وقوله في ظاهر الرواية احترازعما روي عن ابي يوسف رح على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع وقد يكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولايحتاج الى الجميع *

فصـــل

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار **قوله** الا ان المشتري في الثاني شريك لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار **قوله** فان اراد الحيلة هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله الا انه اذا استحقت المشفوعة استثناء من قوله وهذه حيلة اخرى يعني انها حيلة عامة الا ان فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار فيتضرر به اي برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار وقوله والا وجه الى آخره تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمس مائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير مثلا فلو اراد الشفيع ان يأخذها اخذها بعشرين الفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف وقوله ولا يكره الحيلة اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان يكون للرفع بعد الوجوب او لدفعه فالاول مثل ان يقول المشتري للشفيع انا اوليها لك فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشائخ رحمهم الله غير مكروه عند ابي يوسف رح مكروه

مكروه عند محمد رح وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة * ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكوة *

مسائل متفرقة

ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك ولم يذكر محمد رح في الجامع الصغير من مسائل الشفعة الا هذه والفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه **قوله** فيتضرر به اي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر وهي زيادة ضرر التشقيص فان اخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا وقوله ولا فرق في هذا اي في جواز اخذ الشفيع نصيب احد المشترين بين ما اذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده وقوله هو الصحيح احتراز عما رواه القدوري * قال روي عنهم ان المشتري اذا كان اثنين لم يكن للشفيع ان يأخذ نصيب احدهما قبل القبض لان التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله ان يأخذ نصيب احدهم بعد القبض لان التملك حينئذ يقع على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه وقوله بمنزلة احد المشترين يعني ان احد المشترين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله لان العبرة في هذا التفريق الصفقة لا للثمن حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما اذا كان المشتري واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان يأخذ نصيب احدهما وان لحق المشتري ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك واما بيان تفرق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع **قوله** ومن اشترى نصف دار غير مقسومة فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او ترك وليس له ان ينقض القسمة بان يقول للمشتري ادفع

الى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم ا و بغيره لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة و الشفيع لا ينقض القبض ليعيد الدار الى البائع وان كان له فيه نفع بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه فان للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فانه لم يجر بين المتعاقدين فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فكان مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرف كالهبة واطلاق الجواب في الكتاب اي في الجامع الصغير وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو رواية عن ابي يوسف رح والباقي ظاهر **قوله** وتسليم الاب والوصي الشفعة قد ذكرنا ان الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده اب ابيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد هؤلاء فهو على شفعته اذا ادرك فان ترك هؤلاء الطلب مع الامكان او سلم بعد الطلب سقطت عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله و قال محمد و زفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قال المشائخ رحمهم الله وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة لكن عند ابي حنيفة رح اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند ابي يوسف رح فيه وفي غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد و زفر رحمهما الله لا يصح منه التسليم اصلا وقوله وهو الصحيح احترازعما روي ان محمدا رح مع ابي حنيفة رح في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لابي يوسف رح لمحمد و زفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كدينه وفي بعض النسخ كدينه بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله وقودة والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال

قال كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له ولانه شرع لدفع الضرر وفي ابطاله اضرار به ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه في معنى التجارة لانه تملك العين فيملكانه توضيحه انه لو اخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل اولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه وضحه بقوله الا ترى وهو واضح وقوله ولانه دائر دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرارا به وقوله وسكوتهما كابطالهما لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم اردفه بقوله وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها والغبن اليسير من المثل فان بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش قيل جاز التسليم بالاجماع يعني من غير خلاف لمحمد وزفر رحمهما الله لانه محض نظر وقيل لا يصح بالاتفاق وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون الصبي على حقه اذا بلغ وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند زفر ومحمد رحمهما الله ايضا لانهما لم يريا لتسليمهما اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يريا اذا بيعت باقل بمحاباة كثيرة اولى وانما خص قول ابي حنيفة رحمه الله بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما في ماله انما يكون بالتي هي احسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى ايضا خص قول ابي يوسف رح بقوله ولا رواية عن ابي يوسف رح لانه كان مع ابي حنيفة رح في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها الله اعلم *

كتاب القسمة

اورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عندئذ الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدرة للاقتدار وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين * وسببها طلب احد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص * وركنه ما يحصل به الافراز والتميز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات * وشرطها ان لا يفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافرازا والمعنيّ من الافراز هو ان يقبضه لعين حقه والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان كل ما اخذ احدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بيقين فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين الا ترى ان اخذ المثل في القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض لذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها اظهر لا محالة ولهذا كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشتريا ه فاقتسماه جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل ما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما ولما

ولما استشعران يقال لوكان معنى المبادلة هوالظاهر فى الحيوانات والعروض لما اجبر الآبي على القسمة في ذلک اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على القضاء والديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته وهذا اجبر في المبادلة قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه اولى وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من اجناس مختلفة كالبقر والغنم والابل لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا على ذلک جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي فى التجارة شرط بالنص **قوله** وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما كلامه واضح الاما ننبه عليه قوله لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة لانه متى يصل اليه اجر عمله على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضي ان يقسم بنفسه ويأخذ على ذلک من المتقاسمين اجرالكن الاولى ان لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقه حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ وقوله عدلا مأمونا ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة **قوله** ولو اصطلحوا فاقتسموا يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما ان فى القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله كاجرة الكيال والوزان وحفر البير المشتركة

يعني اذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر وقوله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت * تحقيقه ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على ان الاجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء ويزداد دقة بقلة الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل اعسر ويجوز ان يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله وان لم يكن للقسمة بان اشتريا مكيلا وموزونا وامرا انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر فالاجر بقدر الانصباء وهو العذر له لو اطلق ولا يفصل يعني لو اطلق ابو حنيفة رح في الجواب وقال اجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة او لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير اكثر فكان اصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد يعكس كما تقدم وقوله ولا يفصل تاكيد وبيان وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة رح ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع **قوله** واذا حضر الشركاء عند القاضي اي اذا احضر الشركاء وفي ايديهم مال وطلبوا قسمته فاما ان يكون عقارا او غيره فان كان عقارا فاما ان ادعوا انهم ورثوه او اشتروه او سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم * فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقسمه باعترافهم * وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق * وان كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما ان الامتناع عن القسمة اما ان يكون لشبهة في الملك او لتهمة في دعواه او لمنازع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك بمتحقق لان اليد دليل الملك والاقرار امارة

امارة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري
وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر ههنا فلا يفيد الا انه يذكر
في كتاب القسمة اي في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم لئلا يكون حكمه
متعديا الى غيرهم ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة قبل
القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها
ومن هذا قالوا اذا اوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر
الثلث كأنه اوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له فدل ان التركة
مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار
الورثة او بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن
قولهما فلا يفيد وذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بان يجعل احد الحاضرين مدعيا
والآخر مدعى عليه فان قيل كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما
للمدعي عليه اجاب بقوله ولا يمتنع ذلك اي كونه خصما بسبب اقراره لجواز اجتماع
الاقرار مع كونه خصما كما في الوارث او الوصي المقر بالديون فانه انما يقضى عليهما
بالبينة بديون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين
في حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة
لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع
الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة **قوله** بخلاف المنقول جواب عن قولهما كما في المنقول
الموروث وهو على وجهين * احدهما قوله لان القسمة نظرا الى آخره * والثاني ان المنقول
مضمون على من وقع في يده بعد القسمة ففي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت
بخلاف العقار عند ابي حنيفة رحمه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده
عنده وبخلاف المشتري جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية فقد روي عن

ابي حنيفة رحمه الله في غير الاصول ان القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث وجه الظاهر وماذكره في الكتاب ان المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البايع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير **قوله** وان ادعوا الملك هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله هذه يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة رواية كتاب القسمة واعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان يكون مشتري فيكون ملكا لهما لان الاصل ان تكون الاملاك في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة وعندهما يقسم بينهم لانهما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا اولى وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز **قوله** وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا بقبض نصيب الغائب قيل قوله في ايديهم ومعهم وارث وقع سهوا من الناسخ والصحيح في ايديهما لانه لو كانت في ايديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغائب اوشيء منه لم يقسم واجيب بانه اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما البينة فليس بسهو وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصبي بظهور نصيبهما مما في يد الغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة يعني فيما اذا كان معهما صبي عند ابي حنيفة رح كما اذا كان معهما غائب خلافا لهما كما ذكرنا من قبل يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رح حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال

وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح **قوله** ويصير مغرورا بشراء المورث صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت بكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها يعني فيما اذا كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه وقوله كما اطلق في الكتاب يعني به قوله لم يقسم من غير ان يذكر اقامة البينة وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغائب لا يقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على اصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما فالحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس ثم خصم عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فما ثم من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين والباقي واضح *

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم بينهما قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه اذا طلب احد الشركاء القسمة فاما ان ينتفع كل بنصيبه او بعضهم او لا ينتفع منهم احد * فان كان الاول قسم القاضي بطلب احدهم جبرا على من ابى لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه يريد به قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الى آخره * وان كان الثاني فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر

الجصاص على قلب هذا وهو ان يطلب صاحب القليل القسمة ويابى صاحب الكثير ووجهه ظاهر وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه لان دليل القول الاول دليل احد الجانبين ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر والاصح هو المذكور في الكتاب اي القدوري وهو الاول لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلبه الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعته وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل * وان كان الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا يستضر كل منهما بالقسمة وطلب احدهما القسمة لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر **قوله** ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي **قوله** ويقسم القاضي كل مكيل وموزون ظاهر وقوله ولا يقسم شاة وبعيرا يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب احد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الاخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة من اصل واحد كالاجانة والقمقم والطست المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن والكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع ولان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك قسمه بينهما ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا يعني ما تقدم من قوله بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي

التراضي ووجه المعاوضة ان التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الوكس والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة بخلاف ثلاثة اثواب اذ اجعل ثوب بثوبين يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين واراد احدهما القسمة وابى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا والآخر ثوبين وكذا ان استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلاثة ارباع ثوب فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز لانه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض وما ثم معاوضة تحتاج الى التراضي وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلوا اما ان يكون مع الرقيق شيء آخر تصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب او لا يكون * فان كان صح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة رحمه الله فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد يثبت الحكم الشيء تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف * وان لم يكن فان كانوا ذكورا او اناثا لم يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا واناثا لا يقسم القاضي بينهما في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم ولابي حنيفة رحمه الله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية الى غير ذلك فمتى جمع نصيب كل واحد منهما في واحد فاته سائر المنافع فلم يكن قسمة وافرازا بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد بخلاف

المغانم جواب عن قولهما ورقيق المغنم وذلك لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا فان قيل لو تزوج او خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك اجيب بان القسمة تحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه **قوله** واما الجواهر الى آخره واضح **قوله** ولا يقسم حمام ولا بير ولا رحى والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبير والرحى ضرر لهما او لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي ومن المشائخ رحمهم الله من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله لما بيناه اشارة الى ما ذكر في اول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما **قوله** واذا كانت دور مشتركة ههنا ثلثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها في اقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها تقل في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وقوله على ما مر يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع **قوله** وان كانت دار وضيعة او دار وحانوتا الى آخره واضح الا ما يذكره انما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتب محمد رح ولا ذكرها

ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمهما الله وقوله ان اجارة منافع الدار بالحانوت اي بمنافع الحانوت لانه لوجعل نفس الحانوت اجرة لمنافع الدار صح وقوله اوتبنى حرمة الربوا هنالك اي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة يعني ان كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد اصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربوا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلوائي رح اما ان يكون في المسئلة روايتان اويكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة * ووجه آخر في التوفيق ان يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث الذات فلا يحسن القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فيمتنع الاجارة لشبهة الربوا الله اعلم *

فصل

في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بيّن كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فيتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف **قوله** وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه بان يكتب في كاغذة ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه حفظه ان اراد رفع تلك الكاغذة الى القاضي ليتولى الافراغ بينهم بنفسه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره و يذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة اذ البناء يقسم على حدة فربما يقع في

نصيب احدهم شيء منه فيكون حاملا بقيمتها ويفرز كل نصيب من الباقي بطريقه وشربه ان امكن ذلک لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث الى ان يفرغ السهام ويكتب اساميهم ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا الى آخره قال الامام حميد الدين رحمه الله صورته ارض بين جماعة لاحدهم سدسها وللآخر ثلثها يجعلها ستته اسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول فان كان ذلک هو صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والذان يليانه **قوله** وقوله في الكتاب واضح وقوله والقرعة لتطييب القلوب جواب الاستحسان والقياس يأباها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلک قمار ولهذا لم يجوزعاماؤنا رحمهم الله استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ولكن تركناه ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس في معنى القمار لان اصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه واما مانحن فيه فليس كذلک لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتهم في ذلک فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلک جائز الا ترى الى زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه احق بها لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم **قوله** ولا تدخل في القسمة الدراهم جماعة في ايديهم عقار وطلبوا قسمته وفي احد الجانبين فضل فاراد احدهم ان يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلک لم تدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا ادخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل اليها وليس بين ما يصل الرجل اليه

اليه في الحال وما لا يصل اليه معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف رح فيما اذا كان ارض وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم و ابو حنيفة رح الى ان الارض تقسم بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد رح الى ان يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فان لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذه يوافق رواية الاصل لانه قال فيه يقسم الدار مذارعة ولا يجعل لاحدهما على الآخر فضل من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح **قوله** فان قسم بينهم يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر او طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه اولا فان امكن فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر سواء كان ذلك مشروطا في القسمة اولم يكن لانه امكن تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرر بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل الا بالشرط وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة اولا فان كان الثاني فسخت القسمة لانها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فتستأنف وهذا بخلاف البيع فانه اذا باع دارا او ارضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال كما لو اشترى جحشا صغيرا واما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل

فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بالطريق بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره ان في القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافي الافراز فقلنا يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع ينظر القاضي في احوالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يترك للجماعة لتحقق الافراز بالكلية دونه اي دون رفع الطريق وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة في ما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره اي في سعة الطريق وضيقه وطوله * فقال بعضهم يجعل سعة الطريق اكبر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء * وقال بعضهم غير ذلك جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تندفع به فلا فائدة في جعله اعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان احد الشركاء اذا اراد ان يشرع جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضاء الشركاء وان كان المقسوم ارضا يرفع من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك فلا يجعل مقدار ما يمر به ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج اليه يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا يتناهى كذا في النهاية وبقية كلامه واضحة **قوله** واذا كان سفل لا علو له صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين

رجلين وسفله لآخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة اوفي دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله و اذا ظهر ذلك فاعلم ان علماءنا رحمهم الله اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لانه الاصل في القسمة في المذروع لكون الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد رح يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع وان كانت قيمة احدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البير واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان رحمهما الله في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع واختلف المشائخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو والعكس من ذلك واستوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة رحمه الله بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف رح بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين السفل والعلو في منفعة السكنى ومحمد رحمه الله على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربوا على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف رح ان المقصود اصل السكنى وهما يستويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما

فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله لايفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث من علو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلثة وثلثون وثلث من سفل الكامل في مقابلة ست وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام المائة ويجعل في مقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلث وثلثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول ابي يوسف رح ظاهر على ما ذكر في الكتاب **قوله** واذا اختلفت المتقاسمون فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي وشهد القاسمان قبلت شهادتهما ذكره القدوري ولم يذكر خلافا فكأنه مال الى قول الخصاف رح فانه ذكر قول محمد كقولهما وقوله لانه اي التمييز لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم قيل لان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما اما اذا كان القاضي او نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء ان يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح الله اعلم *

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة اخر ذكرهما والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر فعلى هذا اذا ادعى احدهما الغلط في القسمة وزعم ان

ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان اقامها فقد نور دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا لرجاء النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكره في الكتاب ولا يتحالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا يعني وان اقام البينة لتناقضه لانه اذا اشهد على نفسه اي اقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا **قوله** واليه اشار من بعد يريد به قوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة ان هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب ان لا تقبل دعواه اصلا وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما ان يكون يسيرا او فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي او بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسير جدا وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضاء منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كان بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني رح انه كان يقول لقائل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيوع ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه اما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي ولقائل ان يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا

ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين رح كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رح وبعض المشائخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني **قوله** ولو اقتسما دارا هو عين مسئلة اول الباب لكن اعاده لزيادة بيان وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها **قوله** وكذا اذا اختلفا في الحد ودقيل صورته دار اقتسمها رجلان فاصاب احدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه واصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما ان البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح *

فصل

لما فرغ من بيان الغلط بيّن الاستحقاق واذا استحق بعض نصيب احدهما ههنا ثلثة اوجه * استحقاق بعض معين في احد النصيبين اوفيهما جميعا * واستحقاق بعض شائع في النصيبين * واستحقاق بعض شائع في احد النصيبين ففي الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ عند ابي حنيفة رحمه الله ولكن يخير ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسم ثانيا وقال ابويوسف رح تفسخ ومحمد رح مع ابي يوسف رح على رواية ابي سليمان رح ومع ابي حنيفة رح على رواية ابي حفص رح وهو الصحيح وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان يكون قيمة الدار الفا ومائتي درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في

ما في يده وهو ثلثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين اربعمائة وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلثة ارباع الالف ومائتين قال المصنف رحمه الله ذكر الاختلاف يعني القدوري في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار ان الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما * قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة واقول في قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب احدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة في ما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلابد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الافراز اما في ما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الآخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز في ما وراءه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية ايضا فاقتسما الاثنان على ان يأخذ احدهما نصيبهما من المقدم وربع

المؤخر واذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع في النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين اما ههنا فلاضرر بالمستحق وقوله وصورة المسئلة يعني مسئلة الكتاب لا المستشهد بها وقد قدمناه فعالهذا اللبس **قوله** ولو باع صاحب المقدم نصفه يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب احدهما ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده اليه قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع وعند ابي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقسمان الباقي بعد الاستحقاق وقوله والمقبوض بالعقد الفاسد جواب عما يقال ينبغي ان ينقض البيع لانه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه ان القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه **قوله** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يبرئ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالديون وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم جازت القسمة اي تبين جوازها سواء كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان

لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما ولو ادعى احد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح وان ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين يتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل ان يقول اذا لم تكن دعوى باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك *

فصـــــــل في المهاياة

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض وهي المهاياة واخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها واحال ان الترجمة بالباب اولى لان الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهاياة ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة * ويجوز ان يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهاياة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء وقد تبدل الهمزة الفا * وتحقيقه ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها او ان الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس لقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وابى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان

واحد والتهايىء جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى اذا طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمه ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم لجواز ان يطلب الورثة المهاياة فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لماذكر في المتن والتهايىء في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التاقيت قيل قوله ولكل واحد ان يستغل ما اصابه يجوز ان يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز ان يستغل وان لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسي رح وفيه نظر لانه لو كان مبادلة لكان كذلك ايضا والاولى ان يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول انهما اذا تهايئا ولم يشترط الاجارة في اول العقد لم يملك احدهما ان يستغل ما اصابه ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولم يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فان كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي يعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل اجبر عليها * وقيل يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه

وانه يحرم ربوا النساء والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس في ما هو مبادلة فى الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت فى الجنس المختلف كالدور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه فى الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب ان يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضي ان يتفقا لان لكل منهما مزية فلا ترجيح لاحدهما اذ التهايؤ فى المكان اعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفى الزمان اكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية نفيا للتهمة **قوله** ولو تهايئا في العبدين واضح **قوله** وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم اي قال بعض المشائخ منه **قوله** وهكذا روي عنه يعني روى الخصاف رح منه مثل ما قال بعض المشائخ رحمهم الله **قوله** والاصح انه يقسم عنده ايضا قال الكرخي رح معنى قول ابي حنيفة رحمه الله ان الدور لا تقسم ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا تجوز القسمة فى الاصول فكذا فى المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت اوجه لبقاء قوله فى الاصول بلا تأويل وقوله ولو تهايئا فيهما واضح وقوله ووجه الفرق يعني بين جواز التهايؤ فى الاستغلال في دار واحدة وعدمه فى العبد الواحد والدابة الواحدة وقوله فتفوت المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله فى الزمان الثاني لا يكون كما كان فى الاول لان القوى الجسمانية متناهية وقوله ولو زادت الغلة في نوبة احدهما يعني فى الدار الواحدة وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة رحمه الله

في الكيسانيات انه لا يجوز لان قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا تجوز للتفاوت وقوله لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الى آخره وقوله اعتبارا بالتهايؤ في المنافع يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال وقوله لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون في احدهما كياسة وحذاقة ولياقة يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين اولى ان لا يجوز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهاياة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وقوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ثم يقتسمان ما حصل من الغلة ولقائل ان يقول علل جواز التهايؤ في المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا ان كل واحد منهما علة مستقلة وقوله لان الظاهر وجه آخر لابطال القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الى آخره وقوله ولو كان نخلا او شجرا الى آخره واضح

والله اعلم بالصواب *

كتاب

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله تعالى معناها لغة وشريعة فاغنانا عن ذكره * وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال ابوحنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة وانما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لولم يعين اصلا اوعين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع وقالا هي جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف مايخرج من ثمر اوزرع ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لايضاف الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة ولابي حنيفة رحمه الله ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استيجار ببعض مايخرج من عمله فانها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل منه او اكثر ومعدوم على تقدير عدم الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة وهي ان يقسم الامام مايخرج من الارض وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الكل لجاز لانه عليه السلام ملكه غنيمة فكان ماترك في ايديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة لايصح الا ببيان مدة معلومة وهواي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه ان يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة

قوله واذا فسدت عنده واضح وقوله والخارج في الوجهين يعني في ما اذا كان البذر من قبل العامل وفي ما اذا كان من قبل رب الارض وقوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل الامر مضافا الى الآمر وقوله كما فصلنا اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الى آخره وقوله الا ان العتوى على قولهما واضح وقوله بيان المدة يريد به مدة تمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من الزراعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا لانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله لانه اي لان عقد المزارعة عقد على منافع الارض يعني اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل يعني اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها اي للمنافع بمنزلة الكيل والوزن وقوله وهو اي المعقود عليه منافع الارض ان كان البذر من قبل العامل او منافع العامل ان كان البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستأجر للارض وفي الثاني رب الارض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالاعلام وقوله فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم قوله بيان جنس البذر وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم ان الخارج من اي نوع ولو لم يعلم عسى ان لا يرضى لانه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع اولم يفوض بعد ان ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قوله وهي عندهما على اربعة اوجه قيام المزارعة باربعة اشياء الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم اما ان يكون الجميع لاحدهما اولا لا سبيل الى الاول لان

(كتاب المزارعة)

لان المزارعة شركة في الانتهاء واذا لم يكن من احد الجانبين شيء لم تتصور الشركة فتعين الثاني وهو اما ان يكون بينهما بالتنصيف او باثبات الاكثر * والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر ان يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الاول في الكتاب وان يكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه * والثاني ايضا على وجهين * احدهما ان يكون الارض لواحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني * والآخر ان يكون العمل لاحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وساوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه جائز ايضا واعلم ان مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على ان المزارعة تعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض ومنفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استيجار ببعض الخارج والقياس ان لا يجوز في الارض والعامل ايضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيهما دون البذر والبقر اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا للارض ببعض الخارج واما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على رب الارض فكان حينئذ مستأجر العامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على اصل القياس * فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض او العامل بذلك لكونه مورد الاثر * وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استيجار الآخرين او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور اليه ذاك * والضابطة في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو ان ما صدر فعله من القوة الحيوانية فهو جنس واحد وما صدر من غيرها فهو جنس آخر واذا عرفت هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور واما

الوجه الاول فهو مما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار فيجعل كأن العامل استأجر الارض او رب الارض استأجر العامل * والوجه الثاني والثالث مما فيه استيجار الارض والعامل * واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف او الاصل يجوز ان يستتبع الاخس والفرع ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استيجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا ولقائل ان يقول استيجار الارض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان ارجح ويلزم الجواز ويمكن ان يجاب عنه بان النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض وقوله وكل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له في الدليل وانما ذكره لانه لما اضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها توهم ان ينسب الى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري وهما فاسدان وقد ذكر المصنف رح وجه ذلك وبقي عليه اشكال وهو ان صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر ويستوجب عليه اجر مثل ارضه واجيب بان منفعة العامل ومنفعة الارض صارتا مسلمتين الى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيئا لان عمل العامل بامره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه اجر المثل في الوجهين وثم وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر وقال محمد رح في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الا

الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله بصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على احدهم مقصودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لا انه لا يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل **قوله** ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة معلومية مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا يعني قوله في بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الى آخره والاصل في هذا ان كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع منه لان الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وشيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسدت **قوله** وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية والخراج خراج وظيفة بان يكون دراهم مسماة بحسب الخارج او قفزانا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث او الربع فانه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيانات جمع الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر كذا في المغرب وقوله اعتبارا للعرف في ما لم ينص عليه المتعاقدان فان العرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب **قوله** والتبع يقوم بشرط الاصل يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما ايضا تبعا للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله لانه حكم العقد يعني انهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه فانما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط

وعدمه سواء واما اذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شانه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة **قوله** واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط المزارعة اما ان تكون صحيحة او فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان اخرجت الارض شيئا اولم تخرج فان اخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وان لم تخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة اجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستأجر اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجر العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين ان تخرج الارض وان لا تخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمه لا تفوت بعدم الخارج فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل صاحب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المصنف رح وقد مرت في الاجارات قال صاحب النهاية وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في باب الاجارة الفاسدة في كتاب الاجارات في مسئلة ما اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة

الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رح لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط فبمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم ان عند محمد رح لا يبلغ اجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكر ههنا وقال محمد رح له اجر مثله بالغا ما بلغ الى ان قال وقد مرت في الاجارات وذلك يدل على ان مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك واجيب بان هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر فيصار الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج اولا فهو على الخلاف المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا في الاجارة يجوز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب اجر المثل وقوله هو الصحيح احتراز عن تأويل بعض اصحابنا لقول محمد رح في الاصل لصاحب الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب البذر ان المراد به ان يجب اجر مثل الارض مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه **قوله** واذا استحق رب الارض الى اخره واضح خلا انه محتاج الى فارق بين خبث تمكن في منفعة الارض فاوجب التصدق بالفضل وبين خبث تمكن في عمل العامل ولم يوجب ذلك وفي كلام المصنف رح اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو محتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياطا بالغا فكان الخبث شديدا

فاورث وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول ليس بذلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر في ارض وامطر السماء فكان ما تمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك **قوله** واذا عقدت المزارعة في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما او غيره وهو لازم في حال دون حال اما بعد القاء البذر في الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعذر واما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استأجر رجلا ليهدم داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها والعقد لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر ايفسخ به الاجارة كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده الا ببيع الارض فتفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان المأتي به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات قيل هذا الجواب في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غره في الاستعمال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة وقد مر الوجه في الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة او الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفي الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثته ربما اقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي واليه اشار المصنف رح بقوله فلو كان دفعها ثلاث سنين الى آخره واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان

لان الذي يكون قبله مذكور في مايليه ولم يفصل بين ما نبت به الزرع اولم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب مالم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ماكرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل في مقابلة ما عمل لما سيذكر بعد هذا واذا فسخت المزارعة بدين فادح اي ثقيل من فدحه الامر اي اثقله لحق صاحب الارض احوجه الى بيعها جاز الفسخ كما في الاجارة وقوله فسخت والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختار رواية الزيادات فانه عليها لابد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال صاحب النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح ان لو كان البذر من قبل العامل اما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض واما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض باجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام وفيه نظر فان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صور ثلاث * ما اذا فسخ بعد ماكرب الارض وحفر الانهار وهو

مانحن فيه وقد ظهر حكمه * وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التأخير ان كان اضرار بالغرماء لكن التأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة * وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشائخ رحمهم الله قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رح ولم يذكره لان البذر اذا كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع واذا كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية والله اعلم **قوله** واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا تسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله لان في تبقية الزرع دليل وجوب الاجر ووجه ذلك انا لو امرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان بقيناه بلا اجر تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا اجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل

في العمل وكلامه فيه ايضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة فانفق احدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه انفق على ملك الغير بغير امره لا يقال هو مضطر لاحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لان تمكنه من الاستيذان من القاضي يمنع الاضطرار ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ذلك مكن منه ويخير رب الارض بين الامور الثلثة المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض اجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله ولو مات المزارع ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الى آخره وقوله والمالك على الخيارات الثلثة يعني المذكورة الا انه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع من العمل الى آخره **قوله** وكذا اجرة الحصاد والرفاع قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر هو ان يحمل الزرع الى البيدر * والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة المزارعة والزرع لم يدرك ربما كان توهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل ان اشتراط ما ليس من اعمال المزارعة على احد المتعاقدين يفسدها لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والحاصل بين ما هو من اعمالها وغيره ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من اعمالها وما لا

فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعه الى البيدر اذا شرط شيء منها على احدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى اصحاب الامالي عن ابي يوسف رح انها اذا شرطت على العامل جاز للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة وهذا هو الاصح في ديارنا والمصنف رح جعل الاعمال ثلثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من اعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن واشباههما وما ليسا من اعمالهما فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتمييز ملك كل واحد منهما من ملك الآخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة والمعاملة قياس هذا اي المساقاة ايضا على هذه الوجوه وقوله لانه مال مشترك سماه مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا يرى ان نصيب كل واحد اذا كان معينا في قرية يقال هم شركاء في القرية والله اعلم بالصواب *

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم باهل خيبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة * احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها * والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند ابي حنيفة رح كالمزارعة وبه اخذ زفر رحمه الله وجائزة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول

قول ابن ابي ليلى رح وقال الشافعي رح المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون النخيل والكرم في ارض بيضاء تسقى بماء النخيل فيأمر بان يزرع الارض ايضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب ان مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان الحقاها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر معناه لو دفع رطبة قد انتهى جزازها على ان يقوم عليها حتى يخرج من بذرها على ان ما رزق الله فهو بينهما جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصير في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله غرسا قد علق اي نبت ولم يبلغ حد الاثمار ظاهر وقوله بخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها معناه حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها وقوله او اطلق في الرطبة يعني لم يقل حتى يذهب اصولها فسدت المعاملة معناه اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فان كانت فهي جائزة كما لو اطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف رح في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازا مخلا وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا اشترط القيام عليهما حتى يذهب اصولها لانه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وقوله لا يخرج الثمر فيها اي في الوقت انه بتأ ويل المدة **قوله** وتجوز المساقاة في النخل والشجر هذا بيان ما تجري فيه المساقاة وما لا تجري فيه وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الاثر وهو حديث خيبر وكان في النخل والكرم ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم ان اثر خيبر خصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل في النصوص التعليل لا سيما على اصله فان بابه عنده اوسع

لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التمييز على كونه جامعا بين الاوصاف واما نحن فانا لا نجوزه بالعلة القاصرة ونشترط قيام الدليل على ان هذا النص بعينه معلول وموضعه اصول الفقه وقوله وليس لصاحب الكرم واضح وقوله لما قدمناه وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكره في المزارعة بقوله واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر عن العمل لم يجبر عليه الى آخره والحاصل ان المساقاة لم تشتمل على ضرر وكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب البذر يلحقه ضرر في الحال بالقاء بذره في الارض فلم تكن لازمة من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لا يمكنه الايفاء الا ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله لم يرد به الشرع لانها جوزت بالاثر فيما يكون اجر العامل بعض الخارج **قوله** واذا فسدت المساقاة واضح وقوله والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه جواب الاستحسان ابقاء للعقد دفعا للضرر عنه واما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين ان شرطا انصافا لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة ينتقض بموت احد المتعاقدين والباقي واضح علم مما ذكر نظيره في المزارعة وقوله وهذه خلافة في حق مالي جواب عما يقال كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله والخارج بسر اخضر فهذا والاول يعني صورة الموت سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره وان ابى خير الآخر بين الخيارات الثلثة بخلاف المزارعة في هذا اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا المذكور في الكتاب وهو واضح **قوله** ويفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات المساقات تفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات يريد به قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض الى آخره وقد بينا وجوه العذر فيها

فيها اي في الاجارة وكلامه واضح وقوله فيه روايتان يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدٰهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر وتأويله ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه النخيل على ان يعمل فيها بنفسه وباجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون تركه العمل عذرا في فسخ المعاملة ومن دفع ارضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يمكن تسليمها شجرا وجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لا مجانسة بينها وبين عمل العامل لانه يتقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رح في كفاية المنتهي وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه اوشراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف رح وهذا يعني المذكور في الهداية اوضحهما لانه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على ان يكون نصف المصبوغ للصباغ في ان الغراس آلة تجعل الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه واجر عمله *

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان الزراعة انما تكون باتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك * واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا ولكن الشرع احله لان فيه اضرارا بالحيوان * وقال شمس الائمة هذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه واجيب بانه يجوز ان يكون ما كان يأكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان مايقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة ومافيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه الم لهم والذكاة الذبح واصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى‌ٍ قوله الذكاة شرط حل الذبيحة الذبح شرط لحل اكل مايؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الى آخره استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا والمرتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلا بد منها ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح الحل في المأكول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم

وسلم ذكاة الارض بيسها يعني انها اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما ان الذبيحة
بالذكاة تطهر وتطيب وهي يعني الذكاة اختيارية كالجرح فيما بين اللبة وهي الصدر
واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن **قوله** والثاني
كالبدل عن الاول واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد
وجدت امارة البدلية فقال كالبدل ومن شرطه اي شرط الذبح ان يكون الذابح صاحب
ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد وانما تحل
ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ومن
شرطه ان يكون حلالا خارج الحرم كما سيجيء **قوله** وذبيحة المسلم والكتابي حلال
ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان او حربيا حلال اذا اتى به مذبوحا واما اذا ذبح
بالحضور فلابد من الشرط المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله تعالى وقوله لما تلونا
اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم * ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج
الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس رض طعامهم ذبائحهم
واستدل بعض على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل الكتاب
بالذكر فائدة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم
العلم لا يدل على النفي عما سواه ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية قيل يعني يعقل
لفظ التسمية وقيل يعقل ان حل الذبيحة بالتسمية والذبحة يعني يقدر على الذبح ويضبطه
اي يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم وان كان اي الذابح صبيا او مجنونا
قال في النهاية اي معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية شرط بالنص وهي
بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعني قوله اذا كان يعقل التسمية والذبحة ويضبطه والاقلف
والمختون سواء لما ذكرنا قيل اراد به الآيتين المذكورتين وبه نظر لان عادته في مثله لما تلونا

وقيل اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب والاولى ان يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك قيل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز وقوله واطلاق الكتابي ينتظم ظاهر وقوله لان الشرط قيام الملة فيه نظر لان وجود الشرط لايستلزم وجود المشروط ويمكن ان يجاب عنه بانه شرط في معنى العلة وقوله ولاتوكل ذبيحة المجوسي واضح وقوله بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه يريد به من اديان اهل الكتاب اما اذا تمجس فلاتوكل ذبيحته **قوله** وان ترك الذابح التسمية اي ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارياكان او اضطراريا عامدا اوناسيا قال الشافعي رحمه الله بشمول الجواز ومالك رحمه الله بشمول العدم وعلمائنا رحمهم الله فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لاتوكل وان تركها ناسيا اكلت استدل الشافعي رح بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله سمى اولم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لايكون كذلك وبان التسمية لوكانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوٰة فانها لما كانت شرطا لم تجز صلوٰة من نسي الطهارة لكنها سقطت بالعذر سلمنا انها شرط لكن الملة اقيمت مقامها كما في الناسي والجواب عن الحديث ماذكره في الكتاب انه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما نذكره وعن الاستدلال بانا لا نسلم الملازمة فانها تفضي الى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما اذا كان على الناسي هيئة مذكرة كالاكل في الصلوٰة والجماع في الاحرام وههنا ان لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما تحصل للذابح عند زهوق روح الحيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة ولمانع ان يمنع بطلان التالي ايضا على مذهب مالك رحمه الله وعن التنزل بماذكره في الكتاب يعني ان اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لايدل عليها في حق العامد ولا عذر له واما ما شنع به المصنف رح بكون ماذهب اليه

اليه الشافعي رح مخالفا للاجماع فواضح واستدل مالك رح بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجه وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل وهو اقرب لا محالة من مذهب الشافعي رح لانه مذهب ابن عمر رضي الله عنه والجواب انه غير مجري على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول لان ظاهر ما يدل عليه الالفاظ لا يخفى على اهل اللسان وفي ذلك ايضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد فعاللتعارض ولنا قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تأكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الآية واسع وقد قررناه في الانوار والتقرير والاجماع وهو ما بيناه يريد به ما ذكره في التشنيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا الى آخره والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه صلى الله عليه وسلم حين سأله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة الاختيار تشترط

عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة **قوله** ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره المسائل المذكورة ظاهرة وقوله ومحمد رسول الله بكسر الدال يشير الى انه لو قال غير مكسور لا يحرم قيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمرتاشي ان خفضه لم يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد رح انه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلوٰة ونحوها لا يحرم وقوله حتى لو قال عند الذبح اشارة الى انه لو قدمه او اخّره لا باس به ولو قال سبحان الله او الحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف والفرق لابي يوسف رح بين هذا وبين التكبير ان المأمور به ههنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف اي قائمات اي صففن ايديهن وارجلهن وهناك التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون مكبرا ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر وقال الحمد لله فانه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المأمور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله واتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على مايدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر للامام الرُستُغفني في حل ما بقي عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ورواية المبسوط ايضا

ايضا تساعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لايحل وكذلك في فتاوى اهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء ولا معتبر بالعقدة **قوله** والعروق التي تقطع في الذكاة العروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمريء والودجان واختلف العلماء في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي رح الى الاكتفاء بالحلقوم والمريء وذهب مالك رح الى اشتراط قطع جميعها وذهب ابو يوسف رح الى اشتراط قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين رجع اليه بعد ما كان قوله كقول ابي حنيفة رح كما نذكره وذكر القدوري انه قول محمد رح ايضا وقال المصنف رح المشهور في كتب مشائخنا ان هذا قول ابي يوسف رح وحده وذكر عن محمد رح انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية عن ابي حنيفة رح واما ابو حنيفة رح فقد اكتفى بقطع الثلث ايها كانت وهي ثلثة اوجه وان قطع الجميع فهو اولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم افر الاوداج بما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون بكسر الهمزة انسب ولهذا قال بعد هذا ولو رود الامر بفريه * احتج الشافعي رح بانه جمع الاوداج وما ثم الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمريء لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لادلالة لها على الحلقوم والمريء اصلا واما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه * واحتج مالك رح بظاهر اللفظ وبما يقتضيه فان الاوداج جمع واقله ثلثة فيتناول المريء والودجين وقطع هذه الثلثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء وجوابه سيجيء * واحتج ابو يوسف رح بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما مناب الآخر اذ كل منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المريء فان المريء مجرى

العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع في بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب وجوابه سيجيء * واحتج محمد رح بان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه والاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر اكثر كل من الامور الاربعة وهو اقرب كما ترى واحتج ابوحنيفة رح بان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوجية اي التعجيل في اخراج الروح لانه لايحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام وحصل بهذا جواب ابي يوسف رح وبقوله يخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب جواب مالک لايقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثم معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لک النساء لان ما تحته ليس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلک وقوله بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق قيل يعني اكثر المرخص فيه وهو الثلثة فان الاثنين لما كانا باقيين كان اكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكأنه لم يقطع شيئا وربما لوح الى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة **قوله** ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن الذبح بالقرن والظفر والسن المنزوعة جائز مكروه واكل الذبح بها لا باس به وقال الشافعي رح هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة استثناهما بالاطلاق عما يجوز اكله فيتناول الحرمة المنزوع والقائم ولان الذكاة فعل مشروع وانهار الدم بها مطلقا غير مشروع فلا يكون ذكاة كغير المنزوع ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وهو باطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره الا انا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي رح فان فيه دلالة على ذلک وهو قوله عليه السلام فانهما مدى الحبشة فانهم لايقلمون الاظفار ويحدون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض وهذا

وهذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع وقوله ولانه آلة جارحة جواب عن دليله المعقول وتقريره انالا نسلم ان انها رالدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فانه اي كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهواخراج الدم فصاركا لليطة والحجر والحديد والسكين الكليل وباقي كلامه ظاهر سوى الفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة الحجر الحاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد اردت ان تميتها موتات قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح ان التحديد لذبحه وليس كذلك لان المذبوح لا عقل له وهو مع كونه سوء ادب ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهوموجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها والنخاع بالفتح والكسروالضم لغة فيه فسره المصنف رح بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هوخيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق هي شرائين واوتار وما ثم شيء يسمى بالخيط اصلا ثم ذكر المصنف رح الاصل الجامع في افادة معنى الكراهة وهوكل مافيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة **قوله** وما استأنس من الصيد قدمر ان الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري فلا مصير الى الاول قبل العجز عن الثاني وهذا مخرج ماذكر في الكتاب وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وقال مالك رح لا يحل الاكل بذكاة الاضطرار في الوجهين يعني ما توحش وما تردى لان ذلك نادر والنادر لا حكم له وقلنا لا نسلم الندرة ولئن كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق قوله في الكتاب يريد القدوري وكلامه واضح والنحر قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غيره الثاني والعكس يجوز ويكره لماذكر في الكتاب وقوله لمعنى في غيره اي في غير الذبح وهو ترك السنة وقوله اشعر معناه نبت شعره مثل اعشب المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب

من الحديث الذي استدلا به لانه لا يصلح للاستدلال لانه روي ذكاة امه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال لانه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه اقوى في التشبيه من الاول عرف ذلك في علم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله * وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى ان عظم الساق منك دقيق *

فصل فيما يحل اكله ومالا يحل اكله

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشيء تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر اوصاف السبع ليبني على ذلك قوله كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم والفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد بذي الخطفة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب **قوله** ويدخل فيه الضبع والثعلب لان لهما نابا يقاتلان بهما فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي رح في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه انه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أيؤكل لحمه فقال نعم فقيل أشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم فلا يكون حجة أجيب بان حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ان صح * وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وابن عرس دويبة والرخم جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث مالا يصيد من صغار الطير وضعافه واما الغراب الابقع والاسود فهو انواع ثلثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف رح الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله. مكروه عند ابي يوسف رح **قوله**

قوله وكذا الغداف وهوغراب القيظ لا يؤكل واصل ذلك ان ما يأكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة ومايأكل الحب لم يوجد ذلك فيه ومايخلط كالدجاج والعقعق فلا باس باكله عند ابي حنيفة رحمه الله وهوالاصح لان النبي صلى الله عليه وسلم اكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله واما الضبع فلما ذكرنا يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني انه ذوناب وقوله وهي حجة على الشافعي رحمه الله يعني نهي النبي صلى الله عليه وسلم وانثه لتأنيث الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احلله ولا احرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال اكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين ابوبكر رضي الله عنه اجيب بان الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا يرجح الحاظر على ان المبيح مأول بما قبل التحريم ولا تؤكل الحمر الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك تشبثا بما روي عن عايشة رضي الله عنها انها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الآية وبحديث غالب بن ابجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي الا حميرات فقال عليه السلام كل من سمين مالك واستدلالا بحل اكل الوحشي وهوضعيف اما الآية فلجواز ان يكون قبل حرمة لحم الحمر والدليل على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها واما الحديث فلانه مأول باكل ثمنها واما الاستدلال فلان من شرطه ان لايكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي عن لحوم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس قوله ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها بانه ترك ذكر الحمل عليه فينبغي ان لا يحل الحمل عليه وهوفاسد فان الكلام في ان ترك اعلى النعم والذهاب الى مادونه دليل حرمة الاعلى والحمل ليس كذلك وقوله والاول يعني

كون الكراهة للتحريم اصح لانه روي ان ابا يوسف رح سأل ابا حنيفة رحمه الله اذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ومبني اختلاف المشائخ في قول ابي حنيفة رح على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف رح **قوله** ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك واضح والطافي اسم فاعل من طفى الشيء فوق الماء يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافي هو الذي يموت في الماء حتف انفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله والحجة عليه ما روينا يعني قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان الى آخره **قوله** وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي * منها انه لو وجد في بطن السمكة سمكة اخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طين الماء وغيره وكذلك ان ماتت في جب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فمتن فيها لذلك وان كان لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه في الماء لتأكل فماتت منه وذلك معلوم فلا باس باكلها وهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله وفي الموت بالحر والبرد روايتان احدهما انها تؤكل لانها ماتت بسبب حادث فكان كما لو القاه الماء على اليبس * والاخرى انها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليسا من اسباب الموت في الغالب واطلق القدوري الروايتين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رح يحل الله اعلم بالصواب *

كتاب

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم مايذبح في يوم الاضحى وهي افعولة وكان اصله اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ويجمع على اضاحي بتشديد الياء قال الاصمعي فيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا واضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث * وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها سنذكر في اثناء الكلام وسببها الوقت وهو ايام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون سببا وكذا اذا لازمه فيتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف السبب الى حكمه يقال يوم الاضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلوة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوٰة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال ادنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر

وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق *والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير واما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى **قوله** الاضحية واجبة كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه ابو يوسف رح وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلوٰة والصوم فانهما يختلفان فيها لان المسافر تلحقه المشقة في ادائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ **قوله** ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي واجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد تجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذن ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله لان الاضافة للاختصاص ظاهر وقوله وهو اي الاختصاص بالوجود لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بان السنة ايضا تفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة واجيب بان الوجوب افضى اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير ان الاداء يختص باسباب اي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تعين له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف الا ترى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى ان يسقط عنه وجوب الاضحية وهو اقوى حرجا من زيادة ثمن الماء وقوله والمراد

والمراد بالارادة جواب عما استدلوا به من قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فكان معنى قوله عليه السلام من اراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من اراد الصلوة فليتوضأ وقوله والعتيرة جواب عما استشهدوا بها وقوله على ما قيل يشير الى ان في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف رح وذكر في الايضاح انها عبارة عما اذا ولدت الناقة والشاة وذبح اول ولدها فاكل واطعم وهي منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عليه السلام كتب علي الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله وانما اختص الوجوب بالحرية بيان للشروط المذكورة في اول الباب وقوله لما بينا اشارة الى قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله لما روينا اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله وسنبين مقداره اي مقدار الوقت وقوله لا يجب عن ولده يعني سواء كان كبيرا او صغيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها تجب عليه وقوله والاصح ان يضحي من ماله اي من مال الصغير ويأكل اي الصغير من الاضحية التي هي من ماله ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رح وقيل يصح ذلك في جلد الاضحية من غير خلاف احد واما في لحمها فليس له ان يطعم او يأكل **قوله** يذبح عن كل واحد منهم شاة كلا منه واضح **قوله** وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز كما اذا

مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن ايضا وقوله تجوز في الاصح احتراز من قول بعض المشائخ رحمهم الله انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية واذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وجه الاصح ماذكره في الكتاب وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد **قوله** الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد بان يكون مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس وقوله اعتبارا بالبيع لان في القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس وقوله وقد امكن يعني دفع الحرج لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع ولهذا لو اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به بأس وقوله لما بينا اراد به قوله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها الى آخره وقوله وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلوٰة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد معناه ان يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله عنه حين قدم الكوفة وقوله اجزاه استحسانا يشير الى انه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ماذكره في الكتاب وقوله وقيل هو جائز اي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق ان المسنون في العيد هو الخروج الى الجبانة واهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا **قوله** وهي جائزة في ثلثة ايام كلامه واضح وقوله ويجوز الذبح في لياليها اي في ليالي ايام النحر والمراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا الليلة الرابع من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ماذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر وتفوت بغروب الشمس من يوم الثاني عشر

الثاني عشر فلا تجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت في الليل لان الليالي تبع للايام واما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله والتضحية فيها اي في ايام النحر افضل من التصدق بثمن الاضحية اما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في ظاهر الرواية اوسنة في احد قولي ابي يوسف رح والتصدق بالثمن تطوع محض ولاشك في افضلية الواجب او السنة على التطوع واما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين التقرب باراقة الدم والتصدق والاراقة قربة تفوت بفوات هذه الايام ولاشك ان الجمع بين القربتين افضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلوٰة والطواف ظاهر فان الطواف في حق الآفاقي لفواته افضل من صلوة التطوع التي لاتفوت بخلاف المكي فان الصلوة في حقه افضل ولولم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه بان عين شاة فقال لله علي ان اضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب غنيا اوفقيرا اوكان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان من لم يضح غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصدق بقيمة شاة اشترى اولم يشتر لانها واجبة على الغني عينها اولم يعينها وعلى الفقير بالشراء بنية الاضحية عندنا فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجاله من العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجمع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء **قوله** ولايضحي بالعمياء والعوراء هذا بيان مالاتجوز التضحية به والاصل فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب واليسير مالا اثر له في لحمها وللعور اثر في ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف مايبصر بالعينين وقلة العلف تورث الهزال والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء البين عرجها هي مالايمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلث قوائم حتى اوكانت تضع الرابعة على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لاتنقى هي التي ليس لها نقي اي

منع من شدة العجف وبقية كلامه واضحة **قوله** وقيل معناه قولي قريب من قولك اي قولي الاول وهوان الاكثر من الثلث مانع لاصادونه اقرب الى قولك الذي هوان الاكثر من النصف اذابقي اجزاه بالنسبة الى قول من يقول ان الربع او الثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في انكشاف العضو في اول الكتاب وقوله لان القرن لا يتعلق به مقصود الا ترى ان التضحية بالابل جائزة ولاقرن له والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعرات سود والوجاء نوع من الخصاء وهوان ترض العروق من غيراخراج الخصيتين وقوله فتعينت يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية وقوله كما في نصاب الزكوٰة فانه اذا انتقص بعد ما وجبت الزكوٰة فيه يسقط بقدره ولايضمنه رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال لاالذمة فاذاهلك المال سقط الوجوب وعلى هذا الاصل يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لابالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله وعلى الفقير ذبحهما لان الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ماذكره شيخ الاسلام ان المشتري اذا كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر رواية اصحابنا رحمهم الله يجب وروى الزعفراني عن اصحابنا انها لا تجب وهو رواية النوادر وقوله فانكسرت رجلها من باب ذكر الخاص وارادة العام فانها اذا اصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضجاع للذبح كان الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان تأدى الواجب بالتضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عندها فصار كما لوكانت كذلك قبله وقوله لانه حصل بمقدمات الذبح دليل محمد رح ودليل ابي يوسف رح ان الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعيبت به من ان يكون سببا من اسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر **قوله** والاضحية من الابل والبقر كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له

له سنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جزؤها ولهذا يتبعها في الرق والحرية وهذا لان المنفصل من الفحل هو الماء وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها **قوله** لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوز ثم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية والقران والمتعة قلنا اعتمد على ذلك زفر رح ولم يجوز عند اختلافها لكنا نقول اذا كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الالحاق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي وقوله لما بينا انه قربة يشير الى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزى وبعض الاراقة وقع نفلا ولحما فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة تصير للحم مع نية القربة اذا لم تصادف محلها او كانت في غير وقت الاضحية والاراقة للحم لا تصير قربة بحال **قوله** ويأكل من لحم الاضحية الاضحية اما ان تكون منذورة اولا فان كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان يأكل منها ولا ان يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولو اكل فعليه قيمة ما اكل وقوله لما روينا يعني من قوله عليه السلام فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل وقوله كالخل بالخاء المعجمة والمهملة والابازير التوابل جمع ابزار بالفتح وقوله في الصحيح احتراز عما قيل انه ليس في اللحم الا الاكل او الاطعام فلو باع بشيء ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سماعة عن محمد رح انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وقوله لان القربة انتقلت الى بدله لان تملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله لانه في معنى البيع لان كل واحد عقد

معاوضة وقوله من دمها كل ذنب تمام الحديث اما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك
سبعون ضعفا فقال ابوسعيد الخدري رضي الله عنه هذا لآل محمد خاصة ام لآل محمد
والمسلمين عامة فقال عليه السلام لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة وقوله حتى وجب
عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر اي فيما اذا كان المضحي فقيرا ويكره ان يبدل بها
غيرها اي فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخي رح وقوله فصار
كما لو باع اضحيته يعني انه لو باع اضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى
تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله وقوله ومن
اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا من التحليل كان كل واحد
منهما متلفا لحم اضحية صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو
قوله فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه وقوله لانه ملكها بسابق الغصب يعني
فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي للتضحية لا يقال الاستناد يظهر في القائم
والتضحية بالاراقة والاراقة قد فاتت لانها عبارة عن فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست
من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصح ان يقال يظهر الاستناد فيها اولا يظهر فان الملك يثبت
في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله اعلم

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل من اصل وفرع ترد
فيه الكراهة الا ترى ان في وقت الاضحية من ليالي ايام النحر وفي التصرف في الاضحية
بجز الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهية
ايضا كذلك **قوله** واللبن يتولد من اللحم فاخذ حكمه يرد عليه لبن الخيل على قول
ابي حنيفة رح في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا لا بأس به واكل لحمه حراما مع

مع ان لبن الخيل متولد من لحمه فلابد من زيادة قيد وهو ان يقال بعد قوله فاخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما ان المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته ونار منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات وقوله لانه في معناه اي لان الادهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها لان كلا منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال * قيل صورة الادهان المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الراس واما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية كذا ذكر صاحب الذخيرة في الجامع الصغير واري انه مخالف لما ذكره المصنف رح في المكحلة فان الكحل لابد ان ينفصل منها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة والمشعب الميسن والثغر ما يجعل تحت ذنب الدابة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع حكي ان هذه المسئلة وقعت في دار ابي جعفر الدوانقي بحضرة ابي حنيفة وائمة عصره رحمهم الله فقالت الائمة يكره فقيل لابي حنيفة ما تقول فقال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال ارأيت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه ايكره فوقف كلهم وتعجب ابو جعفر **قوله** ومن ارسل اجيرا له مجوسيا كلامه واضح وقوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما وانى برواية الجامع الصغير لا ... الهدية فيها نفس الجارية وقوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء **قوله** ولا يقبل فيها اي في العبادات قول المستور وقوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به يعني اذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون الخبر

ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة وقوله حتى يعتبر فيهما اي في الفاسق والمستور اذا اخبرا بنجاسة الماء اكبر الراي وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه يلتزم بنفسه اولا ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله ما ذكرناه اشارة الى الهدية والاذن وقوله وان كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به يعني حكما لا في الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح احد الوجهين قيل الاصل الطهارة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله اما التحري فمجرد ظن ففيه احتمال الخطأ وقوله ومنها اي ومن الديانات الحل والحرمة يقبل فيهما خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل والاطعام لانها حق الله فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا اخبر رجل او امرأة عدل الزوجين بانهما ارتضعا من امرأة واحدة بل لا بد فيها من شهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله اي قول المجوسي في الحل اولى ان يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا اجيب بان ذلك كان ضمنيا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض بينهما لان المراد ههنا ما كان قصديا **قوله** ومن دعي الى وليمة او طعام قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله كصلوة الجنازة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر

النظر عن صفة تلك العبادة وقوله فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر ليكون عاملا بقوله عليه السلام من رأى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث **قوله** ولو كان على المائدة ينبغي ان لا يقعد يشير الى ان ما تقدم انما جاز اذا كان المغني في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعية واما اذا كان على المائدة فكان قاعدا مع القوم الظالمين وقوله ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام لان محمدا رضي الله عنه اطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثم اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام لا يقال الحيوة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا ليس بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلث تأديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وقوله بضرب القضيب عنى به خشب الحارس وقوله وكذا قول ابي حنيفة رحمه الله معطوف على قوله دلت المسئلة

فصل في اللبس

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه **قوله** لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لما ذكر الحرمة والحل واستدل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكر والانثى لزم ان يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما ان يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فمن اين العموم

اجيب بان المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة وقوله وقالا يكره يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وقوله لهما العمومات يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه انه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا فقال لاني ارى عليكم ثياب اهل النار والمرفقة بكسر الميم وسادة للاتكاء **قوله** والجامع كونه نموذجا يريد به ان المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعدله في الآخرة منه ليرغب في تحصيل سبب يوصله اليه وقوله لا فصل فيما روينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي وقوله والخز مسدى بالحرير قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء * وجملة وجوه هذه المسئلة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين * والثاني ما يكون سداه حرير ولحمته غيره ولا بأس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا واللحمة كذلك * والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهي ايقاع الهيبة في عين العدو لبريقه ودفع معرة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة روى هشام عن محمد رح انه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا بأسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام الى الصلوٰة وعليه رداء قيمته اربعة آلاف درهم وابو حنيفة رحمه الله كان يرتدي برداء قيمته اربعمائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده **قوله** ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي ولا بالفضة لانه في معناه فان قيل قوله

قوله عليه السلام هذا ن حرامان على ذكور امتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى قل من حرم زينة الله الآية ولا يقيدة لان التقييد نسخ فالجواب انه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول فجاز التقييد به وقوله وقد جاء في اباحة ذلك آثار وهو ما روي انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وفصه منه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه السلام آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان في يده عليه السلام الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر رضي الله عنه الى ان توفي ثم في يد عمر رضي الله عنه الى ان توفي ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه حتى وقع من يده في البير فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك واتى بلفظ الجامع الصغير لا داة الحصر فيه ومن الناس من اطلق منهم شمس الائمة السرخسي رح فقال الاصح انه لا باس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه وقوله لما روينا اشارة الى قوله هذا ن حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روي عن البراء ابن عازب انه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر والجواب انه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا البسه ابدا فرماه الناس وقوله ويجعل الفص الى باطن كفه لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله ومن

ابي يوسف رح مثل قول كل منهما يعني اختلف المشائخ في قول ابي يوسف رح فمنهم من ذكر قوله مع ابي حنيفة رح هكذا ذكره الكرخي وذكر فى الامالي مع قول محمد رح والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم وقوله وهو الصحيح لان عامة المسلمين استعملوا هذا في عامة البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء فى الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات فلم تكن بدعة وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع فى الجلوس والاتكاء ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا خرج في سفر عمد الى شجر يقال له رتم فشد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تخني امرأتي وان اصابه وقد انحل قال خانتني هكذا المروي عن الثقات الا ان الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهي خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر * اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم * والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهدار والتلعاب بمعنى الهدر واللعب والله اعلم بالصواب *

فصل فى الوطئ والنظر والمس

مسائل النظر اربع نظر الرجل الى المرأة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة * والاولى على اربعة اقسام نظره الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير **قوله** ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية القياس ان لا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية من قرنها الى قدمها واليه اشار قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم ابيح النظر الى بعض المواضع منها وهو ما استثناه فى الكتاب بقوله الا الى وجهها وكفيها للحاجة والضرورة وكان ذلك

ذلك استحسانا لكونه ارفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها
و فسر ذلك علي وابن عباس رضي الله عنهما بالكحل والخاتم والمراد مواضعهما
وقوله ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة دليل معقول وهو ظاهر والآنك الرصاص وقوله
فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه
لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني بالثانية ان يبصرها عن شهوة
وقوله ابصرها فانها احرى ان يودم بينكما اي يوفق قاله لمغيرة ابن شعبة لما اراد ان
يتزوج امرأة والخافضة للجارية كالختان للغلام يعني ان الخافضة والختان ينظران الى
العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة في حق الرجال ومكرمة في حق النساء فلا يترك
ويجوز للرجل ان ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة تجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه
نوع مرض على ما روي عن ابي يوسف رح واذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر
الى موضعه **قوله** وينظر الرجل الى الرجل هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم قوله
خلافا لما يقوله ابو عصمة يعني سعد ابن معاذ المروزي ان السرة احد حدي العورة فتكون
من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي رحمه الله على ابي عصمة غير مستقيم لان هذا
التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رح
لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا
والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي رح غير ذلك وهو ان
السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعي رح استدلالا بالغاية فانها لا تدخل
تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السوأة دون ما عداها
لقوله تعالى فبدت لهما سوآتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة
خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري متعمدا فيه على العادة **قوله**
لانه لا معتبر بها اي بالعادة مع وجود النص جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بتوله

ومادون السرة الى منبت الشعر عورة وقوله وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه جواب عن قول الشافعي رحمه الله ودليل على كون الركبة عورة وقوله وابدى الحسن بن علي جواب عن قول ابي عصمة والشافعي رحمهما الله وقوله وقال عليه السلام لجرهد جواب عن قول اهل الظاهر وقوله ولان الركبة دليل معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر **قوله** لانهما اي النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه وقوله ووجه الفرق اي فرق ما ذكر فى الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا هو ان الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالبا الاترى ان وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لابحقيقتهما وان ابا حنيفة رحمه الله جوز الصلوٰة فى السفينة قاعدا لان دوران الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة فى الجانبين في جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبار القيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الفرض انه لم ينظر ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من الجانبين فى الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة **قوله** وتنظر المرأة من المرأة هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم ما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة ان تنظر اليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية اي فى الحمام وهذا دليل على انهن لا يمنعن عن الدخول فى الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان بناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمرأة الى هذا احوج من الرجل ويتمكن

ويتمكن الرجل من الاغتسال فى الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا اشار فى المبسوط وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف رح والاول اصح لان نظر الجنس اخف **قوله** وينظر الرجل من امته هذا هو القسم الثاني من اقسام نظر الرجل الى المرأة والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف رح ظاهر وقيد بقوله من امته التي تحل له لان حكم امته المجوسية والتي هي اخته من الرضاعة حكم امة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطيء فينتفي بانتفائه والعير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان للاهلي نوع ستر من الاقتاب والثغر وقد قيل هو الاهلي ايضا وقوله وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر يعني وقت الوقاع روي عن ابي يوسف رح فى الامالي قال سألت ابا حنيفة رح عن الرجل يمس فرج امرأته او تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا ارجوا ان يعظم الاجر **قوله** وينظر الرجل من ذوات محارمه هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر الرجل الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله فى القديم لا بأس بذلك جعل حالها كحال الجنس فى النظر وهو محجوج بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال لامرأته انت علي كظهر امي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وقوله والاصل فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة ذكر الحال وارادة المحل مبالغة فى النهي عن الابداء لان ابداء ما كان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء المنصل اولى وذلك كقوله تعالى ولا القلائد في حرمة تعرض محلها وقوله وهي ما ذكر فى الكتاب يريد به الوجه الى آخره ويدخل في ذلك اي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع

الزينة اما الرأس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب * والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقي كلامه واضح وقوله لوجود المعنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه اي في المحرم وقوله في الاصح متعلق بقوله او سفاح لان اختلاف المشائخ في المصاهرة بالزناء لا فيها بالنكاح فان بعض مشائخنا قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤتمن ثانيا والاصح انه لا بأس بذلك لما بينا انها محرمة عليه على التأبيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه ولا باس بان يمس ماجاز ان ينظر اليه منها لوجود المقتضي للاباحة وهو الحاجة الى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة وقوله الا اذا كان يخاف عليها استثناء من قوله ولا بأس وكلمة فوق في قوله عليه السلام فوق ثلثة ايام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلثة ايام ايضا فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة لان في المسافرة خلوة وقوله فان احتاج الى الاركاب اي اركاب ذوات المحارم والاص ، في ذلك ان لا يجوز مس ما يجوز النظر اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول اجد منها ريح الجنة وكان ذلك لامن شهوة قطعا فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما امكن **قوله** وينظر الرجل من مملوكة غيره هذا آخر الاقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها اي ضرب علاوتها وهي رأسها بالدرة وقوله خلافا لما يقوله محمد ابن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة وجهه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ومن اراد ان يشتري جارية فلينظر

فلينظر اليها الا في موضع الميزر وتعامل اهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره في الكتاب
وقوله واما الخلوة بها والمسافرة معها يعني اذا امن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف
المشائخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم واليه مال شمس الائمة رح وقيل
لايحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد رح وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رح
الضرورة فيهن يعني التي لامد فعلها وفي المحارم مجرد الحاجة اي نفس الحاجة
لاالضرورة وقوله ولا بأس بان يمس ذلك اي المواضع التي يجوز النظر اليها اذا اراد الشراء وان
خاف ان يشتهي كذا في المختصر واطلق في الجامع الصغير فقال رجل اراد ان يشتري
جارية لا بأس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين
والباقي واضح وقوله وكذا المخنث في الرديئ من الافعال يعني من يمكن غيره من نفسه
احترازعن المخنث الذي في اعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا يشتهي النساء
فانه رخص بعض مشائخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى او التابعين غير اولى
الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء وقيل هو المجبوب الذي جف
ماؤه وقيل المراد به الابله الذي لايدري ما يصنع بالنساء انما همه بطنه وفي هذا كلام ايضا فانه
اذا كان شابا ينحي عن النساء وانما ذلك اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح ان تقول
قوله تعالى او التابعين من المتشابهات وقوله تعالى وقل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم
محكم فناخذ به واليه اشار المصنف رح بقوله فالحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى
المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على
عورات النساء اي لم يطلعوا اي لايعرفون العورة ولايميزون بينها وبين غيرها وقوله
ولا يجوز للمملوك واضح وقوله والمراد بالنص الاماء يريد بالنص قوله تعالى او ماملكت
ايمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمهما الله به قال سعيد اي سعيد بن المسيب
وسعيد بن جبير قال في النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول سعيدين والحسن

وغيرهما سمرة بن جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى اوماملكت ايمانهن لزم التعارض وعورض بان نظر الاماء الى سيدتهن استفيد من قوله اونسائهن فلو حملت هذه الآية على الاماء لزم التكرار وبان الاماء لولم تكن مرادة من قوله تعالى اونسائهن وجب ان لا تكون مرادة من قوله تعالى اوماملكت ايمانهن ايضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا يشكل على احد ان للامة ان تنظر الى سيدتها كالاجنبيات والملك ان لم يزد توسعة فلا اقل ان لا يزيد تضييقا واجيب عن الاول بان المراد بالنساء الحرائر المسلمات التي في صحبتهن لانه ليس لمؤمنة ان تتجرد بين يدي مشركة اوكتابية كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما والظاهر انه اريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت اوغيرها والنساء كلهن في حل نظر بعضهن الى بعض سواء والمراد من قوله اوماملكت ايمانهن الاماء وعن الثاني بان حال الامة يقرب من حال الرجال حتى تسافر بغير محرم فكان يشكل انه يباح لها التكشف بين يدي امنها ولم يزل هذا الاشكال بقوله اونسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء والباقي واضح*

فصل في الاستبراء وغيره

اخّر الاستبراء لانه احتراز عن وطئ مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرأ الجارية اي طلب براءة رحمها من الحمل واوطاس موضع على ثلث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة اما وجوبه فبحديث سبايا اوطاس الالاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع ابلغ نهي مع وجود الملك

الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب * واما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص واما علته فهو ارادة الوطئ فانه لا يحل الا في محل فارغ فيوجب معرفة فراغه واما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه بماء محترم بان لا يكون من بغي وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنى لا يحل وطئها حملا للحال على الصلاح * واما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتأخرها عنه * واما العلة ههنا فكذلك لان الارادة امر مبطن لا يطلع عليه لان بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطئ فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا هذا في المسبية ثم تعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع بان جعلت الامة بدل الخلع والكتابة بان جعلت بدلا فيها فان قيل الموجب ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهلا يقتصر عليها فالجواب ان غيرها في معناها حكمة وعلة وسببا فالحق بها دلالة * واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي بان باع ابوه او وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة وممن لا يحل له وطئها لكونها اخته رضاعا او ورثها وهي موطوءة ابيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا يجتزئ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها وقال ابو يوسف رح يجتزئ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا بالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها اي بعد اسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب فان السبب استحداث الملك واليد وهي انما تكون بالقبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان السبب

استحداث الملك واليد والحكم لايسبق السبب ولا يجب الاستبراء في الآبقة يعني التي ابقت في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند ابي حنيفة رح لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليها الاستبراء لانهم ملكوها وقوله وحرم الدواعي لافضائها اليه اي الى الوطئ كما اذا ظاهر من امرأته فانه حرم وطئها وحرم دواعيه لافضائها اليه وقوله ولم يذكر الدواعي في المسبية يعني في ظاهر الرواية وعن محمد رح انها لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين * احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط * والثاني ان ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون للاحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي رح واكثر الفقهاء فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم يعتبر ولما كان في غيرها امران تعاضدا اعتبرت وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله وان ارتفع حيضها اي امتد طهرها في اوان الحيض لايطأها حتى اذا تبين انها ليست بحامل جامعها لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة تدل على ان الحبل لوكان لظهر وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان مشائخنا قالوا يتبين ذلك بشهرين او ثلثة على ما ذكر في الكتاب الى آخره قيل والاول اصح وهو ان يتركها شهرين

شهرين اوثلثة لظهور الحبل في ذلك غالبا وقوله ثم يشتريها ويقبضها اويقبضها الف ونشر يعني يشتريها ويقبضها اذا زوجها البائع اويقبضها اذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لا له والحيلة في تمشية هذه الحيلة ان يزوجها على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعني بعد القبض لانه ان طلقها قبله كان على المشتري الاستبراء اذا قبضها في اصح الروايتين عن محمد رح لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء وقوله اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء لان القبض اذ ذاك ليس بممكن من الوطئ والممكن منه جزء العلة الا ترى ان تزويج المشتري وان كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزيلا للتمكن وقوله كما اذا كانت معتدة الغير يعني اذا اشترى امة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب **قوله** ولا يقرب المظاهر ولا يلمس هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبراء الى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره وقوله لان الحيض يمتد شطر عمرها قال في النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رح علينا بالحديث على ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله ومن له امتان اختان فقبلهما هذه على ثلثة اوجه اما ان قبلهما او لم يقبلهما او قبل احديهما فان لم يقبلهما اصلا كان له ان يقبل ويطأ ايتهما شاء سواء كان شراهما معا او على التعاقب وان كان قبل احديهما كان له ان يطأ المقبلة دون الاخرى واما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا في الحكم ما ذكره

في الكتاب وهو مذهب علي رضي الله عنه عملا باطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتهما آية يعني قوله تعالى او ملكت ايمانكم وحرمتهما آية يعني قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد ذلك وهو ملك اليمين قال المصنف رحمه الله ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم لا يقال يجوز ان يكون المراد الجمع بينهما نكاحا فلا ينافي ول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطيء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطئا فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح **قوله** وكذا الكتابة كالاعتاق كلمة كذا زائدة وقوله في هذا اي في انه يحل وطيء الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج من ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل له وطيء الاخرى واجيب بان الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطئها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له ان يطأ الاخرى وقوله يكره ان يقبل الرجل فم الرجل الى آخره واضح وعن عطاء رحمه الله ان ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال اول من عانق ابراهيم خليل الله صلوات الله عليه كان بمكة فاقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي ان اركب في بلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم عليه السلام فسلم عليه ابراهيم واعتنقه فكان هو اول من عانق والشيخ ابو منصور رحمه الله وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقه ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف رح بقوله في ازار واحد فانه سبب يفضي اليها واما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس به وعن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم ابى القاسم رحمه الله انه

انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام والله اعلم بالصواب *

فصل في البيع

اخّر فصل البيع من فصل الاكل والشرب واللمس والوطئ لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا الا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم **قوله** ولا بأس ببيع السرقين كلامه واضح وقوله في الصحيح احترازعن الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز وقوله على اي وصف كان يعني حرا كان اوعبدا مسلما كان اوكافرا رجلا اوامرأة وقوله لما مر من قبل يعني في فصل الاكل والشرب في قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبرالواحد في المعاملات مقبول من غيرشرط العدالة دفعا للحرج وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه اخبر بخبر صحيح لامنازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لايكذب الفاسق لمروته اولوجاهته وقوله لان اكبرالرأي يقوم مقام اليقين يعني فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الاترى ان من تزوج امرأة ولم يرها فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يطأها اذا كان ثقة عنده اوكان اكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رأيه انه لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رأيه انه هارب من لص لم يعجل بذلك وقوله الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك كدرّة في يد فقير لا يملك شيئا اوكتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه

من هو اهل لذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه وقوله وان كان الذي اتاه بها اي بالجارية ن هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية انها لفلان فرأى آخر يبيعها يعني ان الآتي بالجارية اذا كان عبدا او امة وقال لآخر وهبتها منك او بعتها منك فليس للآخران يقبلها منه ولا ان يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المنافي للملك وهو الرق معلوم فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام الحاجر بالراء المهملة اي المانع فلا بد من دليل وقوله ولو ان امرأة اخبرها ثقة بناه على ان القاطع اذا كان طارئا ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لا بد من انضمام اكبر رأي المخبر له واذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله لان القاطع طارئ فيه والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى منه والباقي واضح **قوله** واذا باع المسلم خمرا كلامه واضح وروي عن محمد رحمه الله انه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه **قوله** ويكره الاحتكار والاحتكار افتعال من حكر اي حبس والمراد به حبس الاقوات متربصا للغلاء **قوله** فان لبس فهو مكروه في الوجهين يعني في الاضرار وعدمه وقوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله يرى الحجر لدفع ضرر عام يعني كالطبيب الجاهل والمكاري المفلس وقوله وليس الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل .. بالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية وقوله ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء واضح ولكن

لكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لان عند الوديعة فلافرق حينئذ بين صورة الوديعة والقرض ويجوزان يجعل قوله يأخذ منه ما شاء خارجا مخرج المشروط يعني وضعه بشرط ان يأخذ منه ما شاء واما اذا وضعه ولم يشترط شيئا فهو وديعة ان هلك لم يضمن شيئا

مسائل متفرقة

التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلفوا في تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد به نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف * وقيل هو امر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل انه حث على ان لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمأمونين عليها وقوله وقد ذكرناه من قبل يعني في فصل القراءة من الصلوٰة وقوله ولا بأس بعيادة اليهود والنصارى قيد بهما لان في عيادة المجوسي اختلافا بين المشائخ فمنهم من قال لا بأس به لانهم من اهل الذمة وهو المروي عن محمد رحمه الله ومنهم من قال هم ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى الا يرى انه لا يباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح انه لا بأس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح **قوله** ومن كان في يده لقيط لا اب له ذكر في النهاية ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب فوهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام واموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله واجارة الصغار في اكثر النسخ وهو رواية القدوري وفي بعضها واجارة الاظآر وكلامه واضح وقوله ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره يناقض قوله واجارة الصغار

ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين فالاول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب التي لفظ الاظآر كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة **قوله** ولا يجوز ذلك للعم يعني وان كانت في حجره وقوله ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز قال في النهاية اي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب اجارة العبد وقوله ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية الراية الغلام فل يجعل في عنقه علامة يعلم بها انه آبق قال في النهاية واما الداية بالدال فغلط كذا في المغرب قال وهذا كان في زمانهم عند قلة الاباق اما في زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وقوله يريد به التداوي احتراز عما لو اراد به التسمين فانه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته اي باباحة التداوي الحديث قال صلى الله عليه وسلم تداووا عباد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهُزِّيْ اليك بجِذْعِ النخلة تُساقِطْ عليكِ رُطَباً جَنيا مع قدرته على ان يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام وقوله الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قيل اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال **قوله** ولا بأس برزق القاضي اذا قلد السلطان رجلا بالقضاء لا بأس ان يعين له رزقا بطريق الكفاية لا ان يشترط ذلك في ابتداء التقليد لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنهما الى

الى مكة وفرض له اربعين اوقية في السنة والاوقية بالتشديد اربعون درهما وتكلموا في انه صلى الله عليه وسلم من اي مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه * فقيل انما رزقه من الفيء * وقيل من المال الذي اخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي اخذها من مجوس هجر وقوله هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة يعني على قول محمد رح يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى قول ابي يوسف رح لا يجب قاسوا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح وقوله ولا بأس ان تسافر الامة الى آخره قيل هذا كان في الابتداء اما الآن فكره ذلك لغلبة اهل الفسق وقوله وقد ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم والله اعلم بالصواب *

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسبب في الخصب في اقوات الانام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له وشروطه ستذكر في اثناء الكلام * وسببه تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة * وحكمه تملك المحيي ما احياه **قوله** الموات ما لا ينتفع به من الاراضي شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه وما اشبه ذلك بان غلبت عليه الرمال او صارت سبخة بالميت من الحيوان الذي بطلت منافعه فسمي مواتا واحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به **قوله** فما كان منها عاديا ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من ان يكون منسوبا الى عاد لان عادا لم يملك جميع اراضي الموات ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكره في الكتاب وقوله او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه قول

بعض المشائخ رحمهم الله وقال بعضهم الاراضي المملوكة اذا انقرض اهلها فهي كاللقطة وقوله وان لم يعرف له مالك من تتمة قول محمد رح وقوله فيدار الحكم عليه اي على القرب مرجع حكمي يفهم من قوله قريبا و قوله ثم من احياه واضح وقوله وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من قاء اورعف في صلوته فلينصرف والآخر كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ان يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك منه عليه السلام اذنا لقوم معينين فيجوز ان يكون قوله عليه السلام من احيا ارضا مواتا فهي له من ذلك القبيل * وحاصله ان ذلك يحتمل التاويل وما ذكره ابوحنيفة رحمه الله مفسر لا يقبله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهوان قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له يدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على علية المشتق منه لذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله والاصح ان الاول ينزعها من الثاني بيانه ان المشائخ اختلفوا في ان احياء الموات يثبت ملك الاستغلال او ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه ابوالقاسم احمد البلخي الى الاول قياسا على من جلس في موضع مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه واعرض بطل حقه وعامتهم الى الثاني استدلالا بالحديث فانه اضاف بلام التمليك في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي حنيفة رحمه الله ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا ترى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله لتعينها لتطرقه لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا احياه الرابع فقد احيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه

فيه طريق **قوله** ويملكه الذمي بالاحياء المسلم والذمي في تملك ما احياه سواء لاستوائهم في السبب والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على اصلنا كالمسلمين **قوله** ومن حجر ارضا يجوز ان يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول اعلم بوضع الاحجار حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثاني اعلم بحجر الغير من احيائها فكان التحجير هو الاعلام فاذا حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشائخ اختلفوا في كونه مفيد الملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلث سنين وقيل لا يفيده وهو مختار المصنف رح اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر في ما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلث سنين واحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي من عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر حق بعد ثلث سنين نفى الحق بعد ثلث سنين فيكون الحق في ثلث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة وقوله من غير ان يتم المسناة وهو ما يبنى للسيل لرد الماء وقوله في الاخير يريد به حفر البير ورد الخبر وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بيرا مقدار ذراع فهو متحجر وقوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة يعني عند محمد رح او دلالة عند ابي يوسف رح وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الى آخره وقوله لا يجوز ان يقطع الامام يقال اقطع السلطان رجلا ارضا اي اعطاه اياها وخصصه بها وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لتحقق حاجتهم العطن مناخ الابل ومبركها وقوله الاربعون من كل الجوانب يعني يكون في كل جانب عشرة اذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته فانه بظاهره في جميع الجوانب الاربع والصحيح انه من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب

البير الاولى كيلا يحفر بحريمه احد بيرا اخرى فيتحول اليها ماء بيره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف في الصلابة والرخاوة وفي مقدار اربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله وله ما روبناه يريد به قوله من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا من غير فصل يعني بين العطن والناضح واعترض بانه مقيد بقوله عطنا لماشيته قد فصل بين العطن و الناضح واجيب بان ذكر ذلك للتغليب لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الآبار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكر جميع الانتفاعات كما في قوله تعالى وذروا البيع قيد بالبيع لما ان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من امره الاكل فاخرجه على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى ابو يوسف رح قال حدثنا شعب بن سوار عن الشعبي انه قال حريم البير اربعون ذراعا من ههنا وههنا وههنا وههنا لا يدخل عليه احد في حريمه وفي مائه وقوله والعام المتفق على قبوله والعمل به يريد به قوله عليه السلام من حفر بيرا الان كلمة من تفيد العموم اولى عنده اي عند ابي حنيفة رضي الله عنه من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد به حديث الزهري حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا وورد عموم الاول بان معناه من حفر بيرا للعطن فله مما حولها اربعون ذراعا وهو خاص بالعطن كما يرى واجيب بان عطنا ليس صفة لبير حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس فانه يأبى استحقاق الحريم لان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ففي موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به فان قيل فاتركه في الناضح ايضا لحديث الزهري لئلا يلزم التحكم قلنا حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس فحفظناه وقوله لما رويناه اشارة الى قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وقوله والذراع هي المكسرة يعني ان يكون ست

ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو
بعض الاكاسرة بقبضة وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في كتاب الطهارة من قوله بذراع
الكرباس توسعة على الناس فانها هي المكسرة **قوله** فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه
كلامه واضح وقوله ان يصلحه اي يصلحه بكبسه من باب اعجبني زيد وكرمه في كون العطف
للتفسير فان اصلاحه كبسه وقوله وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان تقوم الاولى قبل حفر الثانية
وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز
وقوله وبه ورد الحديث يريد به ما روي ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء آخر
فاراد ان يغرس شجرة اخرى تحت شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى النبي
صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة اذرع واطلق
للآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه قوله ومن كان له
نهر في ارض غيره ذكر في شرح الطحاوي لو ان نهر الرجل وارضا على شاطئ النهر لآخر
فتنازعا في المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب النهر
بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة رحمه الله هي لصاحب الارض ولصاحب
النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا اراد رفعها اي هدمها كان لصاحب النهر منعه
من ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المسناة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض
ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج
الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر في النهاية وظاهر كلام المصنف رح
ينافيه وقوله فيكون له حريم اعتبارا بالبير يعني بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم
للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البير والعين فيتعدى الحكم منهما اليه وله
ان القياس يأباه على ما ذكرناه يعني قوله ولان القياس يابى استحقاق الحريم الى آخره
وفي البير عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا يصح تعديته وقوله

والحاجة الى الحريم فيه اي فى البير جواب عما يقال هب انه على خلاف القياس فليلحق به بالدلالة و وجهه ان الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالادنى او المساوي و الامر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه اي فى البير بمعنى القليب فوق الحاجة اليه فى النهر لان الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن فى البير الا بالاستسقاء ولا استسقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق وقوله و وجه البناء الى قوله و القول لصاحب اليد من جهتهما وقوله وبعد ما استحقاقه الى آخره من جهة ابي حنيفة رحمه الله وقوله اما صورة فلاستوائهما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم تكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه لالقاء طينه وقوله يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه هو الموعود بقوله على ما نذكره وقوله و القضاء في موضع الخلاف اي في مسئلة من كان له نهر في ارض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك فلو اقام صاحب النهر البينة بعد هذا على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضي عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله ولا نزاع فيما به استمساك الماء جواب عن قولهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء وهو واضح وقوله والمانع من نقضه جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه يتبين بها موضع الخلاف وقوله ليس لاحدهما عليه اي على المسناة بناء و بل الحريم والله اعلم بالصواب *

فصول فى مسائل الشرب * فصل فى المياه

لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات تحتاج اليه و قدم فصل المياه على فصل الكري لان المقصود هو الماء والشفة اصله شفهة اسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها ههنا الشرب بالشفاه و جيحون نهر خوارزم و سيحون نهر الترك

الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وضفة النهر بالكسر والفتح حافته وانث ثلث في قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث لان الفصيح في الكلام اذا لم يذكر المعدود ان يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه السلام من صام رمضان واتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لا في الليالي ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام انثه وقوله عليه السلام شركاء يريد به الاباحة في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والانهار واما الكلاء وهو ما لا ساق له فاما ان نبت في ارض شخص او انبته فيها بكري الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا ان احدا لا يدخل ملكه الا باذنه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما ان يخرج له صاحب الارض او يأذن له بالدخول وان كان الثاني فهو احق به وليس لاحد ان ينتفع بشيء منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب واما النار فمن اوقد نارا في ارض ليس لاحد فيها حق فلهم ان ينتفعوا بنارة من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وان يعمل بضوءها واما اذا اراد ان يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم او حطب قد احرزه الموقد ليس مما يثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل يريد به قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث وقوله حتى لو سرقه انسان لم يقطع اعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني وقوله تعالى والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على ان المراد به غير ما دل عليه المخصوصات وقوله وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمستأجر ذكر في المبسوط واكثرهم على ان له ان يمتنع في مثل هذه الصورة لان الشفة ما لا يضر بصاحب النهر

والبير فاما مايضرو يقطع فله ان يمنع ذلك وقوله ولهم ان يأخذ وا منه اي من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه وقوله في الصحيح اشارة الى اختلاف المشائخ فان منهم من قال لا يأ خذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة ثبتت في حق الشفة لاغير والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله له ذلك في الاصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من ائمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وقوله لان الماء متى دخل في المقاسم اي متى دخل في قسمة رجل بعينه وقوله بواحدة اي بالكلية *

فصل في كري الانهار

لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كري الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكري امرازائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام اخّر ذكره ووجه الحصر على الثلثة ظاهر لان النهر اما ان يكون عاما من كل وجه او خاصا كذلك او عاما من وجه خاصا من وجه اما الاول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة واما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفعة وقد تقدم ذلك فيها وقوله الا انه يخرج له اي للكري من كان يطيقه اي الذي يقدر على العمل ويجعل مؤنته اي مؤنة من يطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وقوله ويقابله عوض يعني حصة من الشرب فلا يعارض به اي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعي في اعدامه وان بقي الضرر الخاص وقوله خيفة الانبثاق يقال بثق السيل موضع كذا اي خرقه وشقه وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وهو قول ابي بكر الاسكاف وقيل لا يجبر وهو قول ابي بكر بن ابي سعيد البلخي وقوله فاستوت الجنبتان يعني في الخصوص بخلاف

بخلاف ما تقدم وهو في الاجبار في النهر الثاني فان من ابى من اهله يجبر عليه هناك لان احدى الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره وقوله ولا جبر لحق الشفة جواب عما يقال ان في كري النهر الخاص احياء حق الشفة للعامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي ان يجبر الآبي على الكري دفعا للضرر عن اهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشائخنا رحمهم الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر الآبي لحق اهل الشفة كما لو امتنع جميع اهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على الكري لحق اهل الشفة وقوله ومؤنة كري النهر المشترك ظاهر وقوله فلا يلزمه انفاع غيره قال في النهاية الصواب نفع غيره لان الانفاع في معنى النفع غير مسموع وقوله لانهم لا يحصون يعني فكانوا مجهولين والله اعلم بالصواب *

فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب * يجوز دعوى الشرب بلا ارض استحسانا قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ماذكره في الكتاب وقوله ترك على حاله معناه لم يكن له ذلك بل يترك على حاله وقوله فان لم يكن في يده يعني بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه ولم تكن اشجاره في طرفي النهر فعليه اي فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له ان كان يدعي رقبة النهر وانه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها ان كان يدعي الاجراء في هذا النهر فاذا اقامها يقضي له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول او حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله فحكم الاختلاف فيها اي اختلاف المدعيين في الامور

المذكورة نظيره اي نظير الاختلاف في الشرب وقوله لان المقصود الانتفاع بسقيها فيقدر بقدرها معارض بانهم قد استووا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق واجيب بان اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء ومن له عشر قطاع لا يكون انتفاعه مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله لم يكن له ذلك اي لم يكن لصاحب الاعلى السكر لما فيه اي في السكر ابطال حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعني من غير سكر وقوله الا انه اذا تمكن من ذلك يعني اذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر ان يسكر بما ينكبس به النهر كالطين ونحوه اذا امكنه ان يسكر بلوح او باب خشب لكونه اضرارا بهم بمنع ما فضل من السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يمكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ اهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا لان في السكر احداث شيء في وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشركاء وحق اهل الاسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه اهل اسفل النهر امراء على اهل اعلاه حتى يرووا لان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وعليهم اطاعته في ذلك ومن لزمك طاعته فهو اميرك وقوله والدالية والسانية نظير الرحى الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يسقى بها * والسانية البعير الذي يسقى عليه من البير * والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح * والقنطرة مما يتخذ من الحجر والآجر يكون موضوعا لا يرفع وكل ذلك يحدثه من يتخذه في ملك مشترك فلا يملك الا برضاهم سواء كان منهم او من غيرهم وقوله وكذا اذا كانت القسمة بالكوى الكوة ثقب البيت والجمع كواء بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له ان يوسع الكوة وقوله وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه اي من فم

فم النهر وهذا التقدير اتفاقي والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة في فم النهر فاراد ان يؤخرها من ضفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواه اي يجعلها اعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع او يرفعها الى وجه الارض وقوله وهو نظير طريق مشترك يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله ساكنها غير ساكن هذه الدار لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى دار اخرى وقوله وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما بان يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت ما بدالي منها وانت في حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام وفي الثانية في بعض المدة وربما يضر ذلك لصاحب السفل وقوله لانه اعارة لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من النهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية فللمعير ان يرجع متى شاء وقوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بناء على ان الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته وصدقته لا يستلزم عدم جواز ذلك الا يرى ان القصاص والدين والخمر يملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية اخت الميراث وقوله بعينه احتراز من الايصاء ببيع الشرب كما نذكره والحاصل ان الشرب بغير الارض لا يملك بشيء من العقود فاذا سماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه في الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه اذا لم يكن عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وارش الجراحة وقوله والاصح اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل في ذلك ان يقال للمقومين ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى

هذا الشرب وقال بعضهم بضم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقرب مايكون من هذا الشرب فينظر بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك واختار المصنف رح ما ذكره في الكتاب وقوله او مخرها ماء قال في الصحاح مخرت الارض اي ارسلت الماء فيها وقوله لانه غير متعد فيه يلوح الى انه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون اذا سقى ارضه سقيا يسقى مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل والله اعلم بالصواب *

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والدواعي المذكورة موجودة اجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما بالتدريج الضاري اي لئلا ينفر من الاسلام وسمي هذا الكتاب بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام منه عند اهل الشرع لما فيه من بيان حكمها **قوله** الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد والمراد بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله وقال بعض الناس قيل يريد به مالكا والشافعي رحمهما الله وقوله فيما ذكرناه اشارة الى النيء من ماء العنب وقوله في غيره اي واشتهر في غير النيء من ماء العنب اذا صار

صار مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف وقوله ولان حرمة الخمر قطعية يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لايثبت الابقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني وقوله وانما سمي يعني غير النيء خمرا التخمرة اي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن لاينافي اختصاصه بالنيء من ماء العنب لجواز ان يكون المشتق مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالقارورة مشتق من القرار ولا تستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار وانظاره كثيرة وقوله والحديث الاول يريد به كل مسكر خمر روي عن يحيى بن معين انه قال الاحاديث الثلثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم احدها قوله عليه السلام لانكاح الابولي وشاهدي عدل * والثاني من مس ذكره فليتوضأ * والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن حنبل رحمه الله كل حديث لايعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله والثاني يريد به الخمر من هاتين الشجرتين اريد به الحكم يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق وقوله وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا يعني وفي الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطا ايضا وقوله وهذا اي انكار حرمة عينها كفر من المنكر وان كان قائلا بحرمة السكر منه لانه جحود الكتاب يعني قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون وقد ذكرنا دلالته على ذلك في الاشراق شرح مشارق الانوار على احسن ما يكون فليطلب ثم وقوله وقد جاءت السنة متواترة معناه جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر احاديث كلها يدل على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة علي رضي الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى **قوله** وهذا من خواص

الخمر يعني دعاء القليل الى الكثير قال في المبسوط ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة المشهورة يعني به ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله حتى لا يضمن متلفها لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شريب يخوف عليه الشرب واما اذا كانت عند صالح فلا يباح له لانه يخللها وقوله والسابع حرمة الانتفاع بها يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والاقطار في الاحليل وقوله الا ان حكم القتل قد انتسخ يعني بقوله عليه السلام لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلثة الحديث وقوله على ما قالوا قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر محمد رح انه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال ويجب ان لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو النيء من ماء العنب وهذا ليس بنيء وقوله والمنصّف قيل يجوز ان يكون منصوبا عطفا على قوله الباذق اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصّف ايضا لانه قال الاشربة المحرمة اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان الباذق غير المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثيه لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا وقوله وهو النيء من ماء التمر اي الرطب انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء وقوله فهو حرام مكروه اردف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله ويدل عليه ما رويناه من قبل يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار

واشار الى الكرمة والنخلة وقوله والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة لانها مكية وحرمت الخمر بالمدينة وهذا على تقدير ان يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم وقيل اراد به التوبيخ معناه انتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله وقد بينا المعنى من قبل يريد به قوله ولنا انه رقيق ملذ مطرب الى آخره وقوله فيراه عنده يعني عند ابي حنيفة رحمه الله تجب قيمتها لامثلها كما اذا اتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف ان المسلم ممنوع من التصرف في الحرام * واورد رواية الجامع الصغير وهي قوله وماسوى ذلك من الاشربة اي ماسوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصّف لبيان ان العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره وقوله وقال فيه يعني في الجامع الصغير **قوله** ولا باس بالخليطين الخليطان ماء التمر والزبيب اذا خلطا فطبخ بعد ذلك ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد * والعجوة التمر الذي يغيب فيه الضرس لجودته وقوله محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء يعني ان النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة في امر الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل يأكل احدهما ويؤثر بالآخر على جاره ثم لما وسع الله على عباده النعم اباح الجمع بين النعمتين وقوله قيل لا يحد هو قول الفقيه ابي جعفر رح وقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره * قيل ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الانبذة ليست بمتخذة مما هو اصل الخمر وقيل اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وباقي كلامه واضح وقوله وعن محمد رح مثل قولهما اي مثل قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مذكور في النوادر ولنا اي لعلمائنا الثلثة على القول الموافق لمحمد رح وفي بعض النسخ ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقوله ولان المفسد اي للعقل هو القدح المسكر وهو

حرام عندنا الا ما قبله فان قيل القدح الاخير ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا وقوله وانما يحرم القليل منه اي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو ان يقال لما كان المفسد هو الاخير دون ما تقدم وجب ان يكون في الخمر كذلك ويجوز ان يكون جوابا عن قولهم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره وهذا واضح ووجه الجواب على الاول ان القياس ذلك ولكن تركناه لان الخمر لرقتها ولطافتها تدعو الى الكثير فاعطي القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله والحديث الاول يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير وقوله والذي يصب عليه الماء بعدما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه ابو يوسفي ويعقوبي لان ابا يوسف رح كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وحميديا لانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط لاباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه ادنى طبخة اختلف المشائخ فيه واختاره المصنف رح وقوله او يذهب منهما يعني تارة يذهب الماء اولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب اي على القطع والبتات وقوله يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رح وهي رواية الحسن عنه وانكرها المتقدمون من مشائخنا فقد روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف رح قال سمعت اباحنيفة رحمه الله يقول انه لا يحل

لايحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لما ذكره في الكتاب **قوله** ولا باس بالانتباذ في الدباء جوزا كثراهل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم وهو جرار حمر اوخضر تحمل فيها الخمر الى المدينة * الواحدة حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا * وعن لحم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلاثة ايام فامسكوه ما بدالكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم * وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لايحل شيئا ولا يحرمه ولكن انما ينتبذ فيه ان كان فيه خمرا بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف اكثر مما تشتد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله واذا تخللت الخمر يعني ان خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي رحمه الله ان كان التخليل بالقاء شيء فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما القي في الخمر يتنجس بملاقاته الخمر والنجس لايفيد الطهارة لغيره وليس في ما اذا تخللت بنفسها شيء من ذلك ودليله على احد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل وهو يتناول المخلل والمتخلل لامحالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجبا فلا اقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله وكذا الصالح للمصالح يجوز ان يكون معناه المخلل صالح للمصالح والصالح للمصالح مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ وقوله والاقتراب لاعدام الفساد جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لانسلم انه على جهة التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالتخليل اولى

لما فيه من احراز مال يصير خلا لا في المآل وهذا ظاهر وما بعده الا المكابرة فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن اريقها حين سأله ابو طلحة عن تخليل خمر ايتام عنده وبما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يتخذ الخمر خلا اجيب عن الاول بان ذلك في ابتداء التحريم قمعا لهم ان يحوموا حول الخمور كما حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بان الظرف لا يحرم وتوضيحه انه عليه السلام امر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام اليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذاك فسر الاتخاذ بالاستعمال * دردي الخمر وغيرها ما يبقى في اسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لان له تأثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شارب الدردي ان لم يسكر خلافا للشافعي رحمه الله قال من شرب جزء من الخمر فيجب الحد ولنا الى آخره واضح والله اعلم بالصـــــــواب *

فصـــل في طبخ العصير

لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمير الحقه بالاشربة تعليما للابقاء على حله الدورق مكيال للشراب وهو عجمي **قوله** وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه قال في النهاية كأن محمدا رحمه الله علم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء اولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله ان الماء متى ما كان اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله ففي الوجه الاول يعني ما يذهب فيه الماء اولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة

الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلثة اسهم لانك تحتاج الى ان تجعل عشرة دوارق عصير على ثلثة لحاجتك الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء اولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كأن لم يكن لانه ماء بقي العصير لاغير وهو ثلثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله وفي الوجه الثاني يعنى الذي يذهب الماء والعصير معا يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا وماصب الماء في العصير بعد ماصار مثلثا سواء وقوله يحل لانه اثر النار مثاله لو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلثة اخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا باس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ماقطع عنه اثر تلك النار فهو ومالو صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف مابرد قبل ان يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب في الغليان منه شيء فانه لايحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله بيانه عشرة ارطال عصير الى قوله فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة ارطال فعرفنا ان كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ثلثة ارطال فهذا في المعنى ثلثة ارطال وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل وقوله ولها طريق آخر قيل هوان يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلثة ارطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة ارطال والحلال

منها ثلثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا اريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال وبالحرام فكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لاحتياجك الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت ارطال الحلال ثلثين سهما وقد اريق ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا رطل والله اعلم بالصواب *

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد تكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون التفرج * والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما ان يكون محرما اولا فان كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم اولا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا * خمسة في الصائد وهو ان يكون من اهل الذكاة * وان يوجد منه الارسال * وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده * وان لا يترك التسمية عامدا * وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر * وخمسة في الكلب * ان يكون معلما * وان يذهب على سنن الارسال * وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده * وان يقتله جرحا * وان لا يأكل منه * وخمسة في الصيد * ان لا يكون من الحشرات * وان لا يكون من بنات الماء الا السمك * وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه * وان لا يكون متقوتا بانيابه او بمخلبه * وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه

بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا الكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فان ادنى مرتبة الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه يدل على الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه احل لكم صيد البحر كان انسب واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعا وقوله ولانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب استدلال بالمعقول *

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد وللفاضل تقدم على المفضول **قوله** ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب والدب والخنزير لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل احد فلم يستثنه والباقية ان امكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما انهما اذا امسكا صيدا لا يأكلانه في الحال والتعلم انما يتحقق بترك الاكل وترك الاكل منهما لا يعلم انه كان عادة او تعلما ولان التعليم لان يمسك للغير والاسد لعلو همته لا يفعل والدب لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف رح والحق بعضهم الحداة بالدب لمعنى الخساسة وانما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير على الاثبات والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات

اي احل لكم الطيبات و صيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله يسئلونك ماذا احل لهم فان لم يكن و ما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين وغيرها قال الله تعالى ام حسب الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تأويل لانه في تأويل آخر هي التي تجرح من الجراحة والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر و مجاهد انه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين و استدل المصنف رح على صحة التأويل بعموم حديث عدي بن حاتم و قال و اسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه السلام في دعائه اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه الاسد وقوله وعن ابي يوسف رح متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله ولان آية تعليمه ترك ما هو مالوفه عادة قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد العرق عموما فالمعتمد هو الاول وقوله كما في قصص بعض الاخيار قيل اراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هٰذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ وقوله كما هو اصله في جنسها اي اصل ابي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقادم و تقدير ما غلب في نزح ماء البير المعينة وقوله وله انه آية تعليمه عنده اي ان ترك الاكل علامة تعليمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه واذا

واذا حكمنا انه يمسكه على صاحبه وقد اخذه بعد ارسال صاحبه فيحل وقوله في ظاهر الرواية يريد به رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب او البازي الصيد من غير جرح لا يحل واشار في الاصل الى انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية وقوله في تأويل يعني في تأويل غير ما اولناه اولا وهو قوله والجوارح الكواسب في تأويل وذلك مايكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لان الاصل ان النص اذا ورد فيه اختلاف المعاني فان كان بينها تناف يحمل على احدها بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينها تناف يثبت الجميع اخذا باليقين كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لاتنافي بينهما وفيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة اويكون حقيقة في احدهما مجازا في الآخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطي وقوله وفيه اي في الجارح الكاسب اخذ باليقين وقوله رجوعا الى التاويل الاول يعني ماسبق من الكواسب وقوله وجوابه ماقلنا يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه اخذ باليقين وقوله وهو حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي رضي الله عنه فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني رضي الله عنه انه عليه الصلوٰة والسلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح لهما اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا يأكل منه وحين اكل منه دل على انه امسك على نفسه ويؤيده قوله عليه السلام في حديث عدي فان اكل منه فلا تأكل فانما امسك على نفسه وقوله على اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء اراد ماذكر انه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الى آخره وقوله واما الصيود التي اخذها من قبل

واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل ان ابا حنيفة رحمه الله يحكم بجهله مستندا وهما يقولان بالاقتصار على ما اكل لان ما احرزه المالك قد حكم باباحته بالاجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده والجواب ما قال وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء وما قال ابوحنيفة رحمه الله اقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكرما اذا باع شيئا من صيوده المقددة والحكم فيه كالتي فيه الخلاف اذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب وقوله ولوان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد يعني بعدما رجع الى صاحبه لم يؤكل واما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفاء الارسال * ومسئلة الوثبة في الكتاب معلومة وطولب بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعدما قيل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه **قوله** وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه المرسل ان ادرك الصيد حيا فلا يخلوا اما ان تمكن من ذبحه اولا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كان الحيوة فيه بينة او خفية وان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذلك حكم البازي والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم يثبت قبل موته والقدرة على الاصل قبل ذلك تبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة او ضيق الوقت فاما ان يكون فيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح اولا فان كان لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يؤكل وهو قول الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الفرض انه

انه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية انه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في اكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ما ذكرناه من ثبوت اليد على المذبح وان لم يكن الحيوة فيه فوق ما تكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما تكون فيه ولم يذبح حتى مات اكل لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده على المذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشائخ فيما اذا كانت الحيوة فيه فوق ما تكون في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد ابن مقاتل رحمهم الله قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار فان قيل وضع المسئلة فيما يكون الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فيه فكان عدم التمكن متصورا وهذا اي ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان بقاؤه متوهما اما اذا شق الكلب المعلم بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يذكه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل وهو قول ابي بكر الرازي هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية اي اعتبارا بها هذا الذي ذكرناه انه لا يؤكل عنده اذا شق بطنه واخرج

مافيه اذا ترك التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل اكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقراي شق الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة اذا ذبح حل عنده وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رح لا بد من حيوة بينة وهي ان يكون بحال يعيش مثله فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رحمه الله لا بد من حيوة بينة وهي ان يكون بحيث يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله ولو ادركه ولم يأخذه يريد ان المسائل المتقدمة كانت فيما اخذه الصياد وههنا ادركه ولم يأخذه وقوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا وقوله واذا ارسل كلبه على صيد يعني صيدا معينا فأخذ غيره حل يعني مادام في وجه ارساله وقوله ولنا انه اي شرط التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر الصائد او الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله على ما بيناه يعني في اوائل كتاب الذبائح حيث قال يشترط عند الارسال والرمي وقوله ولهذا يشترط التسمية عنده اي عند الارسال وقوله فيغلب جانب الحرمة نصا اي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحرام والحلال الا وقد غلب الحرام الحلال * وههنا ثلثة فصول * احدها ما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما رويناه * والثاني ما اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل ارجح لان المعلم تفرد بالجرح * والثالث ما لم يشتركا في شيء ولكن الثاني اشتد اي حمل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول في شيء من الصيد وانما اثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى

الى التبع قوله واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي الاصل في هذا ان الفعل يرفع بالاقوى والمساوي دون الادنى فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اي اغراه المجوسي حل اكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى واذا ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لذلك ولهذا اي ولان الزجر دون الارسال لم يثبت به اي بالزجر شبهة الحرمة يعني في الصورة الاولى مع ان الحرمة اسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دائما فاولى ان لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعني من حيث ان كل واحد منهما غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله لانه وان كان دونه يعني ان الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متأخر فيجعل ناسخا وقوله وقذه اي جرحه جراحة اثخنه وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاثخان الذي اخرجه من الصيدية فكان الواجب ان لا يحل اكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق بالداجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب * وجوابه انه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عفوه وقوله بجرح الكلب الاول يعني انه لا يؤكل لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد بالذبح في المذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة *

فصـــل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت الخفي ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبه او بازيه فاصاب صيدا ظبيا مثلا

فان تبين ان المسموع حسه آدمي او بقر او شاة لم يحل الظبي المصاب مثلا في قولهم جميعا لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كأنه رمى الى آدمي عالما به فاصاب صيدا فانه لا يوكل وان تبين ان المسموع حسه صيد حل المصاب اي صيد كان المسموع حسه يعني سواء كان مأكول اللحم اولم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رح ان المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتغلظ التحريم الا يرى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع لانه اي الاصطياد يؤثر في جلدها وزفر رح خص منها اي من جملة المسموع حسه ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والآدمي سواء ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالمأكول وما هو كذلك فالمأكول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا والاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيرا لم تثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله يثبت اباحة تناوله كغير السباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله تثبت اباحة جلده فثبت ان فعله وقع اصطيادا او اباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك واذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى الى صيد فاصاب غيره وقوله وان تبين انه حس آدمي قدمناه آنفا وقوله لان الفعل ليس باصطياد اذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق اي المشدود بالوثاق بمنزلته اي بمنزلة الآدمي لما بينا ان الفعل ليس باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا تخرج المسئلتان المذكورتان في الكتاب وقوله وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما يشير الى كون ما تبين حسه من الصيود من شرطه ان يكون حل اكله مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسا ظنه صيدا فرماه فاصاب ظبيا ثم تبين ان المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد ولو سمع حسا ظنه آدميا ورماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع

مع تعينه اي تعين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة و بين التي تقدمت وهي ان من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس آدمي اوحيوان اهلي لايحل المصاب مع انه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس اما شمول الحل اوشمول عدمه اوانعكاس الجواب في المسئلتين وذلك لانه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بانه آدمي ففيما اذا اقترن ظنه بانه صيد اولى اولانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل المصاب ههنا كما لم يحل ثم اولم يحل ههنا نظرا الى قصده وحل هناك لذلك واجيب بالفرق بما اشار اليه بقوله لانه لامعتبر بظنه مع تعينه اي تعين كونه صيدا * وبيانه ان في المسئلة الاولى اصاب سهمه غير المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهوليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله لانعدام فعل الاصطياد واما ههنا فسهمه اصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهوالاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته والظن اذا وقع مخالفا لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل اكل المصاب لوجود فعل الاصطياد وقوله على ما بيناه يعني في فصل الجوارح بقوله ولابد من الجرح في ظاهر الرواية الى آخره وقوله فتحامل التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي وقوله حتى اصابه ميتا اكل قيل اذا وجده وفيه جراحة سهمه لاغير واما اذا وجده وفيه جراحة اخرى فليس له ان يأكله ترك الطلب اولم يترك كما سيجيء لانه ظهر لموته سببان احدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة * وقال الشافعي رح يؤكل لانه ظهر لموته سبب وهوما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه كما لوجرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا قلنا لما وجد فيه جرح

غيرة كان القتل منه موهوما والموهوم في هذا كالمتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته قاله حين اهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من اين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقي وهو الرمح الصغير فقال صلى الله عليه وسلم لا ادري لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله ولان احتمال الموت دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه ايضا اجاب بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان الاصطياد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمله وقوله والذي رويناه حجة على مالك رح في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل يعني وان رأى فيه اثر سبع * واحتج على ذلك بانه سمع اهل العلم كذلك وكأنه بنى الامر على الغالب لانه اذا بات عنه فقد قعد عن طلبه غالبا ووجه كون ما روينا حجة عليه انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي فان قيل ان كان ما روي عنه عليه السلام من كراهة اكل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة عليه فقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر من قصته فانه عليه افضل الصلوة والسلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب ان الاصل ان خصوص السبب غير معتبر واحتمال قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله ولو وجد به جراحة قد مناه والخلاف فيه وقوله لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا تجعل محرما اذا لم يقعد عن الطلب **قوله** واذا رمى صيدا فوقع في الماء كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتي **قوله** وكذا السقوط من عل وفي بعض النسخ من علو وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا

ومكسورا وقوله وان وقع على الارض ابتداء اكل يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء وقوله وذكر في المنتقى يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله او صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي رواية المنتقى على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجملة فليس في المسئلة روايتان وهذا اي ما فعله شمس الائمة اصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجري على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض اكل وقد ذكرانه في معناه وقوله كما اذا وقع اي غير المائي في الماء وقوله وما اصاب المعراض بعرضه المعراض اسم سهم لا ريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها وقوله اذا لم يخزق بالزاي المعجمة خزق المعراض اي نفذ وبالراء المهملة خطأ قوله وكذلك ان جرحه يعني اذا رماه بحجر فجرحه فان كان ثقيلا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال انه قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة اكل والمروة حجر ابيض رقيق كالسكين يذبح به * واللهم يستعمل عقيبه الا اذا كان المستثنى عزيزا نادرا ايذانا بانه بلغ في الندرة حد الشذوذ وقوله قيل لا يحل هو قول ابي القاسم الصفار ووجهه ان الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل وهو قول ابي بكر الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبة واللحيين والدم قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ وقوله وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه يريد به قول ابي القاسم الصفار فانه شرط سيلان الدم **قوله** وان رمى صيدا اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضو ان امكن حياته بعد الابانة وان

لم يمكن اكلا وقال الشافعي رح وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكلا لانه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار وذلك لان قطع اي عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الرأس في ذكاة الاختيار والرأس يؤكل في ذكاة الاختيار فكذا العضو المبان في ذكاة الاضطرار ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميت ووجه الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة يعني ابين من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام الحيوة به واما حكما فلانه يتوهم حياته بعد ابانة هذا العضو ولهذا اي ولكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز ان يكون موته بوقوعه في الماء وقوله ابين بالذكاة ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا ان ما ابين بالذكاة يؤكل ولكن لا ذكاة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحيوة بعده اذ الفرض ذلك والجرح يعتبر ذكاة اذا مات منه او يكون على وجه لا يمكن الحيوة بعده ولهذا الوجده وفيه من الحيوة فوق ما في المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره في موته لفقد الحيوة فيه حينئذ فان قيل فليكن ذكاة للمبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع اجاب بقوله ولا تبعية يعني الاقل يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله والاكثر مما يلي العجز احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان ابان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان عند ذلك واما اذا ابان الثلث مما يلي الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الاوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا والباقي ظاهر قوله ولا يؤكل صيد المجوسي

المجوسي مبناه ما تقدم ان غير اهل الكتاب من الكفار ليس باهل للذكاة الاختيارية ولا بد منها في اباحة الصيد **قوله** ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه اعلم ان الرجلين اذا رميا صيدا فذاك ينقسم الى قسمين *اما ان رميا معا اومتعاقبا والاول على اوجه فانه اذا رمياه معا فاما ان يصيبا معا او يصيب احدهما اولا فان اصاب فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني اولا والثاني كذلك فانه اما ان رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول اوبعدها فان كان الثاني فاما ان يثخنه الاول اولم يثخنه والاول بوجوهه والوجه الاول من الثاني غير مذكور فى الكتاب وانا اذكر ذلك تكملة للافادة فان رمياه معا واصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمي فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة واصابت الرميتان معا فاستويا فى السببية وذلك يوجب المساواة فى الملك وان رمياه معا فاصابه سهم احدهما اولا فاثخنه اي ضعفه واخرجه من حيز الامتناع ثم اصاب سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل اكله عندنا خلافا لزفر رح وهو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني اصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالمحل نتيجته ولهذا يعتبر التسمية حالة الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني حظر والملك حالة الاتصال لان الملك يتصل بالمحل وسهم الاول اخرجه من حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثاني وان لم يثخنه فهو للثاني وهو ظاهر وان رماه الثاني بعدما رماه الاول قبل ان يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثاني فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما وحل اكله واما المذكور فى الكتاب فقد امعن المصنف رح في بيانه ونشير الى بعض الفاظه ان خفي فقوله هذا اشارة الى قوله ولم يؤكل وقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين اولا يدرى قال فى الزيادات الى آخره بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لم يؤكل لان احدى الرميتين تعلق بها الحظر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورة

الجهالة وهي ان لا يدري ان الموت حصل بايهما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما * قيل كان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله وان كان رماه الاول ثانيا يعني ان ما تقدم كان فيما اذا كان الرامي الثاني غير الرامي الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة الى آخره يعني لا في حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي الى آخره واضح والله اعلم بالصواب *

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكورة في الكتاب وسنذكره شيئا فشيئا فاما تفسيره فما ذكره الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه اي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون كالديون وهو احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص * واما مشروعيته فبقوله تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد جمع عبد وبما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه بدرعه وبالاجماع فان الامة اجمعت على جوازه من غير نكير * وبالمعقول وهو انه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وتقريره ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التي تختص بالمال بل بالطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه **قوله** الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

والقبول ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشائخ وقالوا اراد به شيخ الاسلام خواهرزاده الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ماهو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه ولانعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب مايكون ابتداء والرهن ليس كذلك **قوله** والقبض شرط اللزوم كأنه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد رح لايجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لايجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولايجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخي في مختصره قال ابوحنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد رحمهم الله لايجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك رح يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلوناه من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر اي فليصم وكما في قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مومنة اي فليحرر فيكون تقديره والله اعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا وارتهنوا لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب ان يعمل في شرطه وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المماثلة في اموال

الربوا فكذا هذا وفيه بحث من اوجه * الاول ماقيل ان المصنف رح جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن * والثاني انه يجوز ان يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض * والثالث ان القبض ان كان شرطا للجواز او اللزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولاحاجة الى الدليل * والرابع ان الآية متروك الظاهر لان ظاهرها يدل على ان الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد يترك ذلك ومتروك الظاهر لايصلح حجة * والجواب من الاول انه مما يقضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم * ومن الثاني ان الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لايصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض * ومن الثالث ان الدليل لالزام مالك رح حيث لايجعله شرط اللزوم ولا الجواز وذلك لان الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن لايقال هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح * امالان ذلك مذهب الجمهور من اصحابنا فيجوز ان يكون المصنف رح قد اختاره * واما لان عدم الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا ان الوجوب انصرف اليها * ومن الرابع بانا لانسلم ان متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص المأولة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم وقوله ولانه عقد تبرع دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح وقوله ثم يكتفى به بالتخلية يريد بها رفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله لانه اي قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتداء لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شانه لايكتفى فيه بالتخلية كما في الغصب فان المغصوب لايصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر

وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولابد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما بخلاف الشراء جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء **قوله** والاول اي وجه الظاهر اصح لان الرهن توثقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يخلي الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذ الحقيقة اقوى من الجهة وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يتبين **قوله** فاذا اقبضه المرتهن قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص معتنى بشانه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا مميزا فيجب ذلك وقوله محوزا احتراز عن رهن الثمر على رؤس النخيل دونها وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله متميزا عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا ان اللزوم او الجواز بالقبض اذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله اي قبل القبض فاذا اقبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي رحمه الله هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها اي هذه الالفاظ ثلاثا لصاحبه غنمه اي زوائده وعليه غرمه اي عليه هلاكه قال ومعناه لا يصير اي الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وحقه الدين فيكون ذاهبا لا يقال المراد به ذهب

حقك من الامساك اومن المطالبةبرهن آخر لان الاول مشاهدة فلافائدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحق له ولانه ذكر الحق في اول الحديث منكرا ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم اعاده معرفا وفي مثل ذلك يكون الثاني عين الاول كذا في النهاية وفيه نظر لان احدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي صلى الله عليه وسلم ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله صلى الله عليه وسلم اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك يعني اذا قال الراهن لا ادري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكي هذا التأويل عن ابي جعفر وقوله مع اختلافهم في كيفيته يعني انهم اتفقوا على ان الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه مضمون بالقيمة وروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انهما قالا الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه مضمون بالدين فاختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه امانة خرق للاجماع والمراد بقوله عليه السلام لايغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف كطاؤس وابراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما يرى ان يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل وهذا الذي ينهى عنه فان جاء صاحبك بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا رحمهم الله الى ان ذلك في البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان

وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء دليل معقول على المطلوب * وتقريره الثابت للمرتهن يد الاستيفاء و يد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي وقال زهير * شعر * وفارقتك برهن لافكاك له * يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا * اي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لايمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك وهو كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وتأيد بنفي الفكاك دل انه ينبئ عن الدوام اذ لولم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجبه فثبت ان اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولامقتضي للعدول عنه ولتكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء ومعناه ان يكون الرهن موصلا اليه اي الى الاستيفاء وذلك اي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الراهن مخافة جحود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضي الى اداء الحق لان الراهن يخشى ان جحد الدين ان يجحد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون اكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر اولضجره عن المطالبة وهذه ايضا قضية تدل على ان الرهن ملك اليد والحبس فيضم اليها قوله واذا كان كذلك اي اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وقد تقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلولم يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربوا بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينقض هذا الاستيفاء اي الذي

بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين انقربا الاستيفاء الايرى ان المبيع اذا هلك قبل التسليم فانه لايقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به اجيب بان النقض انمايتحقق فيما امكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لايؤدي الى الربوا وهوان يستوفي رقبة لايدا اجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقي وهوملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور وقوله والاستيفاء يقع بالمالية جواب عمايقال لوكان بالرهن استيفاء لكان اما لعين الدين او لبدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لايكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب انانختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة او المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد موته وكذا قبض الرهن لاينوب عن قبض الشراء ان اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة ان قبض الامانة لاينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله وموجب العقد جواب عما قال الشافعي رح الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد ووجهه ان موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يحقق الصيانة لامحالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فانها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا للوازم الضمنية ونوقض بنقض اجمالي وهو ان المستأجر بعد الفسخ محبوس عند المستأجر بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا

اذا مات الآجركان المستأجر احق به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب بان يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لان يد الاستيفاء هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك في يده واما اختصاصه به دون الغرماء فلانه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الاجرة وقوله فالحاصل الى آخره واضح **قوله** ولا يصح الرهن الا بدين مضمون قيل ذكر مضمون للتاكيد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كما لو رهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه اي حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب واما صحته بالدين الموعود فيجيء الكلام فيه وقوله ويدخل اي يشكل على هذا اللفظ الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيد بقوله بانفسها احترازا عن غيرها * والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول صحيح بكل حال * والثاني اما ان يكون بعين مضمون اولا والثاني غير صحيح كما في الودائع والعواري والمضاربات والشركات * والاول اما ان يكون مضمونا بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل او القيمة كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثم واجاب المصنف رح بقوله ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشائخ ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين ولهذا تصح الكفالة بها اي بالعين المضمون بنفسه وقوله ولئن كان لا تجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك تجب بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمة يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه جواب عما اختاره بعض آخر من المشائخ * وتقريره ان سبب وجوبه

قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة واعترض بان صحة الكفالة لاتستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك علي فلان فعلي دون الرهن واجيب بان قوله ماذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح ان يقال قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه او دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله ولهذا يجوز ان يكون توضيحا على كل من التخريجين اما على الاول فتقريره ولكون الموجب الاصلي فيها القيمة لاتبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه فلو احال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاكه لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل واما على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لاتبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لاوجوب هناك للقيمة ولاسبب الوجوب **قوله** وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن مضمون بالاقل اي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدوري باقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله يترادان الفضل يعني ان التراد انما يكون من الجانبين وقوله كما في حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا اوفاه الفي درهم في كيس وحقه في الف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين امانة فكذا هذا وقوله ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة ادى الى الشيوع او لعدم انفكاكها عنه وقوله ولاضرورة في حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولاضمان على المرتهن كما سيجيء وقوله والمراد بالتراد فيما روي حال البيع يعني توفيقا بين حديثي علي رضى الله عنه فانه روي عنه المرتهن امين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن

الرهن باذن الراهن يرد مازاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله كما بيناه على التفصيل فيما تقدم يعني في فصل الحبس من ادب القاضي وقوله واذا طلب المرتهن دينه واضح وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن وان كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفاء لحقه قلنا بان قبض الدين لايتوقف على احضار الرهن في زمان لم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه قوله لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه يعني المرتهن ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاک لانه موهوم فلايظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول وقوله لاطلاق الامر يشير الى انه لوقيده بالنقد لايصح بيعه نسيئة وقوله لانه لا قدرة له على الاحضار لان الرهن بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله كما اذا امر المرتهن يعني لايكلف احضار الرهن لانه اي الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين اي والحال ان الرهن دين لانه لما باعه باذنه صار كأنهما تفاسخا الرهن وصار الرهن ثمنا بتراضيهما ابتداء لابطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لو باع الرهن باقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كأنه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله الاان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين جوابا عما يقال لوكان الامر كذلک لما كان للمرتهن ان يقبض الثمن من المشتري كما لوكان الرهن في يد عدل لكن له ذلک ووجهه ماذكر ان له ولاية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لاستيفاء نجم قيل هذا اذا ادعى الراهن هلاک الرهن واما اذا لم يدع فلاحاجة الى ذلک واليه اشار بقوله لاحتمال الهلاک وقوله ثم اذا قبض الثمن يعني ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن

ببيعه الى آخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شيء بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا بد من احضارها كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن ثم وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثم أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى ينتقل اليها الرهنية فيصير كالرهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بفعله فكأنهما تفاسخا وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر فافترقا * وفي النهاية جعل قوله وهذا بخلاف اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا اي في مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما يرى منعسف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه لم يقبض شيئا **قوله** وان كان الرهن في يده اذا كان الرهن بيد المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكن لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه واضح وقوله فلو هلك اي الرهن قبل الرد استرد الراهن ما قضاه لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن او ابرأه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وتقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يرد المستوفي فيجب ان يكون ههنا كذلك واجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء شيء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس

فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله على وجه الفسخ احترازعما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه اى الرهن يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا الا يرى انه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا واذا ابرأ عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين ينعدم الحكم بانعدام احدهما فان قيل فينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا اجيب بان بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المودى يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل وقوله ولو هلك في يده يعني اذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله وليس للمرتهن معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانفاع به **قوله** وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه كلامه واضح والعبرة فى العيال للمساكنة لا للنفقة الا يرى ان المرأة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى زوجها لم تضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته اذا ساكن الاب وخرج الاب عن المنزل وترك المنزل للابن لم يضمن واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن فان ابى فالقاضي يأمر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر رح وقال ابويوسف رح النفقة دين على الراهن والاصل المذكور فى الكتاب واضح وقوله وكل ما كان لحفظه اولرده الى يد المرتهن كجعل الآبق اولرد جزء منه كمداواة الجراح وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه قال في شرح الطحاوي ولو شرط الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله لتعلقه بالعين يعني بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا

بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما اذا ارتهن ارضا عشرية مع شجرا وزرع فيها فأخذ العشر والاستحقاق في جزء من الارض ببطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر اجاب بقوله ولايبطل الرهن في الباقي لان وجوبه اي وجوب العشر لاينافي ملكه في جميع مارهنه الا يرى انه لو باعه جاز ولوادى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتكمن الشيوع في الرهن لامقارنا ولاطارئا بخلاف الاستحقاق لان المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع وقوله وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه يعني من اجرة وغيرها فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الآخر فان كان بغير امر القاضي فكذلك وان كان بامره رجع عليه كأن صاحبه امره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل انه بمجرد امر القاضي بالنفقة لايصير دينا على الراهن مالم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان امره ههنا ليس للالزام فانه لايلزمه شيء منها بالاتفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الانفاق حسبة ودينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله وهي فرع مسئلة الحجر فمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه ان القاضي لايلي على الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته و حضرته وعند ابي حنيفة رحمه الله لو نفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير محجورا عليه وهولايراه بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة *

باب مايجوز ارتهانه والارتهان به ومالايجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل مايجوز ارتهانه ومالايجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال و**قوله** لايجوز رهن المشاع رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد

فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلا لان اصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة وهي ان العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه ان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا انه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وادرج المصنف رح دليل الشافعي رح بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم منصورا كان العقد مفيدا وتقرير الثاني ان موجب الرهن اي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره وكل ذلك اي كل ما مر من قوله الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق واما بالنظر الى النص فلانه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاء لان ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح وقد علمت ان حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما لحكم الرهن ويفوت في المشاع والداعي الى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار

فانه قال احدهما يبتني على حكم الرهن والثاني ان موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله ولا يفضي اليه اي دوام الحبس من تمام الدليل يعني ثبت انه لابد من الدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس في المشاع لانه لابد من المهاياة فكأنه يقول رهنتك يوما دون يوم ولا شك في عدم استحقاقه الحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه ولهذا اي ولان الدوام يفوت في المشاع يساوي ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب وقوله ولا يجوز اي الرهن من شريكه على الوجهين جميعا اما على الوجه الاول فلانه لا يقبل حكمه واما على الثاني فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطارئ ان يرهن الجميع ثم تفاسخا في البعض او اذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وكلامه واضح **قوله** ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علته فان الاصل الجامع ان اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغيره قوله وبخلاف المتاع في الدار يعني اذا رهن دارا مشغولة بامتعة الراهن لم يصح الرهن لانها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض الا يرى انه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها او منها لم تدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها او منها فانه تدخل الثمار فيدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة وقوله ولو استحق بعضه يعني بعض الرهن بان رهن دارا او ارضا فاستحق بعضها فاما ان يكون الباقي غير مشاع بان كان المستحق جزأ معينا غير شائع او كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين ان الرهن من الابتداء كان ما بقي وهو غير مشاع فكان جائزا وان كان الثاني لا يصح لانه تبين ان الرهن من الاول مشاع وهو مانع وقوله حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر يعني قال المشائخ اذا رهن دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله ولا يصح الرهن بالامانات قد تقدم ذكره وقوله والرهن

والرهن بالدرك باطل قد تقدم غير مرة ان الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك ان يبيع شيئا ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري ان يستحقه احد فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع اولا واما الكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع دركه اولا انه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا اذا قضى القاضي بنقض البيع بينهما واما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع بينهما اولم يقض وهذا بناء على ان المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضاء البائع او قضاء القاضي لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج او التلقي من جهة المستحق قائم اما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل بقوله يهلك امانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله لان الموعود يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم في الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة اجيب بان المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره وقوله لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده اي وجود الدين وللمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء فيعطى له اي للذي قبض بجهة الرهن حكم الرهن حتى يهلك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفاء ما وعده وهذا اذا ساوى قيمته ما استقرضه وانما اطلق جريا على ان الظاهر الغالب في الرهن ان يساوي الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء

غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب ان التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتبار ه به من حيث انه يهلك مضمونا لا امانة واما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار ان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدر ه وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله فيضمنه اي فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود **قوله** او يصح الرهن برأس مال السلم وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح وهذا اي اخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالا وباب الاستبدال فيها مسدود وقلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية واما عين الرهن فهو امانة عنده كما لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب ان هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تملك العين لكونه امانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تملك العين ايضا وقوله لفوات القبض حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق وقوله يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله لانه بدله اي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له ان يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير

ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابرأه المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب ان الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله ولو هلك الرهن اي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره اي بغير المسلم فيه وهو رأس المال وقوله هلك بالطعام يشير الى انه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم ان يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه ويأخذ رأس المال لان بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك ههنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا يحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام اجيب بانا لا نسلم ان مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشياء بالنقود ليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديره بها تيسيرا فلا يقتضي الحجر من التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمهما بانه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقديرا المالية بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس ما له على المسلم اليه حتى يلتقيا قصاصا بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة لما مر آنفا لانها لا تحتمل الفسخ وقوله لما بينا يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله وادى ثمنه له ان يحبسه يعني ادى ثمنه ثم اراد فسخه المشتري ان يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته **قوله** ولا يجوز رهن الحر والمدبر كلامه واضح وقوله وقيام المانع في الباقين يعني حق الحرية

ولهذا الوطء آت هذه التصرفات ابطلته فاذا كانت مقارنة به منعته **قوله** ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لمعنيين * احدهما ما ذكر في الكتاب ان استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن * والثاني ان المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وهما جاريان في القصاص في النفس وما دونه واما الرهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانها غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع وقوله ولا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك فيقول للمشتري اعطني رهنا بالدار المشفوعة وقوله حتى لو ضاع يعني الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون الا يرى انهما لو رفعا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر المستأجر بتسليم الاجر وقوله فالرهن مضمون يعني بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن لانه رهنه بدين واجب ظاهرا الا يرى ان البائع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا وقوله ثم ظهر انه اي العبد المقتول حر وقد هلك الرهن فانه هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا انه قبض بمال مضمون ظاهرا فكان كالدين الثابت حقيقة وعن ابي يوسف رح خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيئا لانهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه يعني ان الرواية عن ابي يوسف رح محفوظة في مسئلة الصلح عن الانكار والمشائخ قالوا القياس يقتضي ان يكون حكم المسائل الباقية مسئلة العبد والخل والشاة كذلك وقوله لابنه الصغير احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب ان يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن وقوله لما بينا اشارة الى قوله وهذا انظر

انظر في حق الصبي فان هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت القيمة اكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها مودع ولهما الولاية في ذلك **قوله** وعند ابي يوسف رح لا تقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله واذا رهن الاب متاعا ابنه الصغير يريد بيان جواز ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وهو ان يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيئا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته و قوله او عبد له تاجر لا دين عليه قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير اما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلان يجوز من الاب اولى ولو رهن من عبده ولا دين عليه لم يجز ذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على ان بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح والضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصي وقوله لان له حكما واحدا يريد كونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء او عند اجنبي وقوله واذا رهن الاب متاع الصغير يعني سواء كان لنفسه او للصغير وقوله ومات الاب قيد اتفاقي لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله ان يرجع في مال والده لانه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله لاشتماله على امرين جائزين يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز

ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس وقوله كفعله بنفسه اي كفعل اليتيم بنفسه وقوله والحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ويرجع به الوصي على اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم وقوله يضمنه لحق المرتهن يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة على الدين وقوله يأخذه بدينه اي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستيناف وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له **قوله** ويجوز رهن الدراهم والدنانير قد عرفت ان كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز ان يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنهما فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يضمن القيمة من خلاف جنسه وتكون رهنا مكانه واتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره وقوله فهو بما فيه يعني فذلك الرهن ضاع بمقابلة ذلك الدين كله وقوله في الوجهين يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه او اكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة رح يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله ثم يتملكه يعني الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الاول **قوله** واستيفاء الجيد بالرديء جائز قال في النهاية هكذا وقع في النسخ ولكن الاصح ان يقال واستيفاء الرديء بالجيد جائز وانما قلنا ان هذا اصح لوجهين * احدهما ان الاستدلال بقوله ثم اذا تجوز به اي في بدل الصرف والسلم يؤذن ان الاصح ان يقال واستيفاء الرديء بالجيد لان التجوز انما يستعمل فيما

فيما اذا اخذ الردئ مكان الجيد ولان جواز استيفاء الجيد بالردئ لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج الى الاستدلال بشئ آخر * والثاني الاستدلال بوضع المسئلة فان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن لعشرته قيمة ابريق هي اقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا الردئ بمقابلة جيده واري ان ما في النسخ حق ويفيد ما يرومه صاحب النهاية رحمه الله فليتأمل وقوله وقد حصل الاستيفاء بالاجماع لما عرف ان بقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالرد والفرض عدمه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لابد له من مطالب وهو اما ان يكون الراهن او المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه متعنتا لطلبه ما يضره ولا المرتهن لانه مطالب ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين وقوله وقيل هذه فريعة كذا انما يتصور جعلها فريعة تلك بناء على ما روى عيسى ابن ابان ان محمدا رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله في تلك المسئلة واما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا رح فيها مع ابي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع ابي يوسف رحمه الله وقوله والفرق لمحمد رح على تقدير ان تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة انه اي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي دينه من عينها اي ان يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك والمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلا للرد بالضمان واخذ مثل حقه فينقض القبض ووجه البناء ما قيل ان الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفى اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند ابي حنيفة رحمه الله لمكان الجودة فكذا في الرهن وعندهما هناك يضمن مثل المستوفى ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولكن جعل هذه المسئلة مبتدأة اولى لانه وجدههنا للمرتهن الرضاء بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثم وقوله ولو انكسر الابريق كان الكلام فيما مر

من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان اجبر عليه فاما ان يكون مع ذهاب شيء من الدين او مع كماله وهو نقصان من جهة الراهن لا وجه الى الاول لانه اي المرتهن يصير قابضا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربوا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذ الم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين ان يفتكه بما فيه اي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسه او خلاف جنسه مصوغا فيكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد رح ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يعني لما تقدم انه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين ولا ان يفتكه مع النقصان بقي ان يفتكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه وقلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا او صوابا او صحيحا او ما شاكل ذلك وقوله وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود غش فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديأ من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده الى ان يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا

وكذا عند محمد رح لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته اكثر من وزنه اثنا عشر لجودة وصياغة فيه عند ابي حنيفة رح يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده وعند ابي يوسف رح يضمن خمسة اسداس قيمته ويملك خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا من طريان الشيوع فان الطارئ منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند محمد رح ان النقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن بين ان يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين ان يسترده بقضاء جميع الدين وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم الجودة على المضمون والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الفرض ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا لحكم الاصل * والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك ان حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضاء الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه * ووجه قول ابي يوسف رح ان الضمان والامانة تشيع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته

عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها [redacted] يصير خمسة اسداس الابريق مضمونا لجودته وصنعته وسدسه امانة فالتغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده ايضا فيضمن قيمة خمسة اسداسه من خلاف جنسه * ووجه قول محمد رح ان الوزن مضمون والجودة امانة للمناسبة لان الجودة تابعة للوزن لا ينفصل عنه وصفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع * واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن المضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء * واعلم ان الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصياغة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار ان الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك **قوله** ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه كلامه واضح وقوله لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه او يعطي كفيلا غير مليء وليس في ذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد وقوله ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن قيل يريد به ثوبا غير المشتري والصواب انه وغيره سواء ولو قال امسكه بثمنك او قال امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله علم ان مراده الرهن لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم ان مراده الرهن * فصل

علمه عفي عنه

فصل

وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد **قوله** وصار كالمبيع في يد البائع في ان المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا كما لو رهن عبدين بالف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمي له ووجه كل واحد منهما ماذكر في الكتاب وقوله الاترى توضيح لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب ان يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل انه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين اكثر قيمة من الآخر مثل ان يساوي احدهما الفا والآخر الفين ورهنهما بثلثة آلاف احدهما بالف والآخر بالفين ولم يبين هذا من ذاك واراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا ويقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هذا رهن بالفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما

عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن فكاك البعض بقضاء بعض الدين **قوله** فان رهن عينا واحدة عند رجلين صورة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين في الدين او غيره ولا لكون الدينين من جنس واحد او من جنسين مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين الآخر دنانير لان الكل في ذلك سواء وقوله لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين اووهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتنقسم عليهما تحريا للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز ان تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع منه وهذا هو الجواب لابي حنيفة رح في جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر يشير الى ان ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن وقوله لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة من صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا **قوله** وان رهن رجلان بدين

بدين عليهما رجلا رهناهذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان عبد في يد رجل ادعاه رجل انه رهنه عنده بدين له عليه وقبضه واقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو احد الوجوه فيها * وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما اولا في يد واحد او في يد احدهما فان كان في يد احدهما فهو اولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا وكلامه فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكرنا بها من القياس والاستحسان * قال محمد رح في الاصل وبه اي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين ان حق كل واحد منهما ثم يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين احدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضى من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد اشار المصنف رح الى هذا في الوجه الاول بقوله لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الى آخره وباقي كلامه واضح والله اعلم بالصواب *

باب الرهن الذي يوضع على يد عدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفو حكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكن يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية من شيخ الاسلام والتمرتاشي رحمهما الله **قوله** واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل كلامه واضح وقوله ذكر قوله في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوط وشرح الاقطع ابن ابي ليلى بدل مالك وكأنه شك

في هذه الرواية عن مالك رح فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في اول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان وقوله ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله ولنا ظاهر وقوله لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع يشير الى دفع ما عسى ان يقال كما انه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لان ذلك اما ان يكون من حيث انه امره به وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لاقى حقا مستحقا للآمر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على يد العدل ولا تأثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل فالجواب انه قابض من حيث امره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن يتفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه ما دام العقد باقيا وقوله لا يقدر ان يجعل القيمة اي العدل لا يقدر ان يفعل ذلك لما ذكره وقوله وان تعذر اجتماعهما يرفع قال في النهاية اي يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن وهو اظهر ولو فعل ذلك اي لو جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال ان العدل ضمن القيمه بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له اي للعدل لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو اخذها احدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث

حيث العين في حق الراهن و بدله من حيث المالية في حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده اخذه اذا ادى الدين فكذا مايقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعار واودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن اوهلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان **قوله** واذا وكل الراهن المرتهن كلامه واضح وقوله فليس للراهن ان يعزل الوكيل يعني بدون رضى المرتهن وقوله الاترى انه اي ان عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله اي عقد الرهن وقوله لانه اي عقد الوكالة لازم باصله فكذا بوصفه وهو الاطلاق لما ذكرنا انه صار حقا من حقوقه وقوله لان العقد اي لان عقد الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة واوصافه التي هي اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية * وقوله وان مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت العدل اولى وقوله والارث يجري فيما له اي لا فيما عليه الاترى ان الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثوه وقوله اجبر على بيعه يعني يحبس اياما حتى يبيعه فان لج بعد ما حبسه اياما ذكر في الزيادات ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فقد اختلف المشائخ فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون وقال آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله لما ذكرنا من الوجهين * احدهما انه وصف من اوصافه * والآخر ان فيه اتواء حقه وقوله قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول ذكر في المبسوط انه

ظاهر الرواية وقوله ان الجواب في الفصلين اي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك واحدا اي يجبر فيهما ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير حيث قال فيدا ذا ابى الوكيل يجبر من غير فصل بين ان يكون مشروطا في العقد ولم يكن وكذلك ذكر في الاصل مطلقا وقوله فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا وانا توى كان مال المرتهن بنصب مال على ما صحح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله وغرم القاتل قيمته يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه اي هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله وليس له ان يضمن غيره اي ليس للعدل ان يضمن المرتهن غير الثمن الذي اعطاه وكلامه مكشوف بكشفه ايضاحه شكر الله تعالى سعيه سوى العائذ وضمائره نوضحها زيادة ايضاح فقوله وصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله وان ضمن البائع اي العدل وقوله فلا يرجع المرتهن عليه اي على الراهن بشيء وقوله فاذا تبين انه ملكه اي ملك العدل وقوله لم يكن راضيا به اي باداء الثمن الى المرتهن وقوله فله اي فللعدل وقوله بطل الاقتضاء اي بطل قبض المرتهن وقوله وانما اداه اي انما ادى المشترى الثمن الى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله رجع على الراهن بالقيمة اي بالثمن وقوله لان المقبوض سلم له اي لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله وان شاء رجع على المرتهن اي وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي اداه اليه وقوله فيرجع به اي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن وقوله ولا يرجع به على المقتضي اي على القابض وقوله فيكون البيع لحقه فاذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز ان يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي

الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن وقوله متعد في حقه بالتسليم او القبض يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكانا كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله فلانه انتقض اقتضاؤه اي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا وقوله طعن ابي خازم يعني هذا السؤال طعن به ابو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن وابو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله والغرور بالتسليم كما ذكرناه يعني بقوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من المرتهن اليه اي الى الراهن كانه وكيل منه اي كأن المرتهن وكيل من الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل والملك بكل ذلك اي بكل واحد من التسليم والانتقال متأخر عن عقد الرهن اما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين انه رهن غير ملكه واما بالانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فيملك الراهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد الرهن فكأنه رهن غير ملكه ولا يشكل اذا استحق رأس مال المضاربة فضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كأنه انشأ العقد بعد الرجوع فنفذت بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله بخلاف الوجه الاول يعني ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه ويتبين انه رهن ملك نفسه وقوله وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي قيل مراده مسئلة المضاربة والفرق

بينها وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل ان يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك والله اعلم *

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما يكون بعد كونه رهنا فكان متأخرا طبعا فاخره وضعا **قوله** واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن او لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجزه فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجازه وسلمه وذلك لان من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جاز موقوفا كمن اوصى بجميع ماله تتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجازه المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فان اجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله هو الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف رح انه اذا شرط عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه ففي الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب وقوله وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه اي لا الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله لما ذكرنا يعني لفوات القدرة على التسليم وقوله ولو باعه الراهن يعني لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف

الموقوف لايمنع عن التوقف فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو اجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن الا يرى انه قد يرهن ليباع فايهما اجازه المرتهن وسلمه اليه نفذ ويأخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح هو والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك ان من تعلق حقه بشيء وتبدل باجازته الى غيره فان كان البدل مما تعلق به حقه تعلق به حقه وان كان من غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا واجازه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من العقد الثاني لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه واذا آجر بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه العقود جاز البيع الاول وسماه اولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها وان كان فيه بدل لكن ليس مما تعلق به حقه كما في الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة واذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما **قوله** ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اذا اعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان او معسرا وللشافعي رح اقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل اولى لانه اسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض او الآبق او المغصوب فانها تشترك المرهون في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم ان باع فكان المقتضي متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم اما تحقق المقتضي فلانه تصرف صدر من اهله ولا نزاع فيه مضاف الى محله لانه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن واما انتفاء المانع فلان عارض الرهن

لاينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا او حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك لايزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق صح ويزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك الشريك عن صحة العتق فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن اولى فان قيل ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة اجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه ان حق المرتهن انما صلح مانعا في البيع والهبة لانعدام قدرة العاقد على التسليم المشروط لصحة العقدين وليس ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله واعتاق الوارث جواب عما تمسك به الشافعي رح في بعض المواضع وادعى ان اعتاقه لغو وصورته مريض اوصى برقبة عبده لشخص ولامال له غيره ثم مات واعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب ان يكون في الرهن ووجهه ان ذلك لايلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رضي الله عنه واما عندهما فلا اشكال لانه يعتق في الحال وقوله واذا نفذ الاعتاق راجع الى اول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر وقوله الا اذا كان بخلاف جنس حقه يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لايقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضى به دينه وقوله لانه لما تعذر الوصول دليل وجوب السعاية على العبد وقوله نذكره يعني في هذا الباب في مسئلة استيلاد الامة المرهونة وقوله وعندهما التكميله يعني وان عتق عندهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا اداها كمل العتق وقوله الا رواية عن يوسف رح فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله والمرتهن بنائب حقه ملكا يعني ان الرهن اذا هلك في يده كان مالكا من حيث

حيث المالية وباقي كلامه واضح **قوله** ولو دبره الراهن صح تدبيره الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع فحقه اولى واما عنده اي عند الشافعي رح فلانه لايمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله واذا صحا يعني التدبير والاستيلاد خرجا اي المدبر وام الولد يعني عندنا واما عنده فلا لان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آنفا وكلامه واضح وقوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما وقوله والواجب على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقيده بذلك احترازا من استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء وقوله كأنها هلكت بآفة سماوية يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله والمعتبر في ضمان الرهن تعليل ذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لايسقط من الدين شيئا واجيب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من الدين عند القتل بخلاف ما اذا لم يتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله فان نقصت من الدين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله واذا اعار المرتهن الرهن للراهن فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير اطلق الاعارة وقوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان انما يجب اذا كان يد الراهن بعد الاعارة يد المرتهن ويده اذ ذاك يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن وازلنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد ويجوز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح وفي غاية التحقيق

شكر الله تعالى سعيه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن وقوله وهذا اي ما ذكرنا من اعارة احدهما باذن الآخر اجنبيا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن او المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال او اجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن واما الاجارة فالمستأجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو اعاره منه او اودعه فله ان يسترده وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة او اجنبيا بمباشرة احدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهنا الا بالاستيناف واما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن او من اجنبي بمباشرة احدهما باذن الآخر واما من الراهن فلا يتصور وقوله لما بيناه يعني في صورة العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن **قوله** ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فالمعير اما ان يطلق في ذلك او يقيده بشيء فان كان الاول فما رهنه المستعير به من قليل او كثير كان جائزا عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا بان استأذن ان يقضي دينا عليه بماله فان قيل هذا اعتبار غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه والجواب ان الانفصال غير مانع لعدم استلزام احدهما الآخر فانه يجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا كالبائع بشرط الخيار فانه تزول اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين **قوله** لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصار كما اذا اعار ثوبا واطلق * وان كان الثاني سواء كان التقييد بالقدر او الجنس او المرتهن او البلد ضمن القيمة بالمخالفة لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير اذنه فان كان التقييد بالقدر

بالقدر ونفي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه ان احتاج الى فكاكه وهو اقل المالين فالزيادة زيادة ضرر ونفي النقصان لان غرضه ان يستوفي اكثر المالين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقل وكلامه ظاهر وقوله ووجب مثله اي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت اكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك امانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله على ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه وقوله ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال في النهاية ليس بمجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر القيمة لا ما كان اكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين ليس له ان يرجع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف رح لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكرو البينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما يفسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله ولو اختلفا هكذا في نسخة قراءتي على الشيخ وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو لان في لفظ كما يختلف الغرض

انفي الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله في انكار اصله يريد عقد العارية وقوله لان استرداد القيمة كاسترداد العين يعني ان المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه واضح وقوله في آخره واما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر يعني بتسليم الرهن الى المرتهن سعي في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر اذا كان الاستعمال قبل الرهن اما بعد فكاكه فليس ثم تحصيل مقصود الآمر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد اجيب بان ثم الرد الى نائب المعير وهو المستعير نفسه وقد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كأنه رد الى صاحبه حكما وبعده الى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف رح هو مختار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شيخ الاسلام فهو ان المستعير يبرأ من الضمان بالعود الى الوفاق دلت عليه هذه المسئلة **قوله** وجناية الراهن على الرهن مضمونة ومعناه واضح وعني باللازم ما لم يقدر على اسقاطه بانفراده وبالمحترم هو ان يكون غيره ممنوعا عن ابطاله وقوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال يعني ان تكون الجناية في النفس او مادونها خطأ اما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله اما الوفاقية يعني اما وجه المسئلة التي اتفقوا على حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه لو وجب عليه شيء كان واجبا له عليه وذلك باطل ونوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان واجاب المصنف رح بما في

في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فان المستحق بها دمه والمولى اجنبي عنه يوضحه ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه اذ المرتهن غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما اذا حصلت على اجنبي آخر فان قيل ماليته محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان اجاب بقوله وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وان كان يسقط حقه في الدين فان ابقاءه رهنا وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان وقوله فدفعاه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته او التغليب سماه دافعا وثناه وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع او الفداء كالراهن فكان حكم الدفع او الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله وان كانت القيمة اكثر من الدين بان كانت الفين والدين الفا واتلف متاع المرتهن يقال للراهن اما ان تقضي نصف دينه او يباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي شيء من الثمن اخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عبد نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وهذا اي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او المرتهن لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي **قوله** ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا

لو نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله حتى لا يزداد على دية الحر نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله لان المولى استحقه دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق وقوله اونقول دليل آخر اي لا يمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا الالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا للمائة وبقي تسعمائة فى العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر واعلم ان صور المسائل ههنا ثلثة تراجع قيمة الرهن من الف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به واقوال العلماء فيها ايضا ثلثة اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكهما بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رحمه الله فى الاولى كقولهما وفى الثالثة ان الراهن بالخيار بين ان يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين ان يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما نذكره وقول زفر رح ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في ان الراهن يفتكهما بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمها ان التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة فى الكتاب وقوله لحما ودما يعني صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان القاتل كالمقتول فى الآدمية والشرع اعتبره حرا من حيث الآدمية دون المالية الا يرى الى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الى آخره وقوله كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب يعني اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين ان يأخذه بكل الثمن وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفى الغصب يتخير المغصوب منه بين ان يأخذ المدفوع مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله وانه

انه منسوخ يعني بقوله عليه السلام لايغلق الرهن ثلاثا وقوله ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ماعبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثم واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين سواء اما اذا كانت القيمة اكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن يعني اذا كان على المرتهن وقد اداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما اذا ادى الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن وقوله وحق ولي الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن يعني ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا حتى لو جنى العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى اي لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله فان تشاحا بان اختار الراهن او المرتهن الدفع او بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهن وقوله لان

سقوط الدين امر لازم فدى او دفع يعني ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من احدهما وايهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله وان كان غائبا ذكر في الاسرار ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وما بعده هو الموعود بقوله وسنبين القولين وما بعده واضح الى آخره *

فصـــــل

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم صار خلا ولم ينتقص مقداره فهو رهن بعشرة وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد الوصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين ان يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين ان يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رح بين ان يفتكه ناقصا وبين ان يجعله بالدين كما في القلب اذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا وقوله لان ما يكون محلا للبيع يعني ان الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن ولقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا تبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل * اعلم ان العصير المرهون اذا تخمر * فاما ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين * او كافرين * او يكون الراهن وحده مسلما * او بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل اولم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف رح حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن ان يخلله او لا فيه

فيه تفصيل ان كانا مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخليل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك للمسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة اليهم فلان يجوز في المرتهن الكافر اولى لانها محل بالنسبة اليه واما اذا كان الراهن كافرا فله ان يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها والخل له ويقع المقاصة ان كان دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله فهو رهن بدرهم يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كان اكثر او اقل فهي مذكورة في النهاية **قوله** ونماء الرهن للراهن الاصل ان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في جملة الام ولا ينفرد من عليه بابطال حكمه ككونها حرة ورقة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة وانما فسرنا بذلك لئلا يرد كفالة الحرة فانها ما تسري الى الاولاد والزكوة بعد كمال الحول كذلك فانهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه ينفرد بالابطال باختيار الفداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتها لاحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف اما في غير الغصب فظاهر واما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا علم ان نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن

لانه متولد من ملكه و يكون رهنا مع الاصل لانه تبع له ففي الاصل وصفان لازمان الملك وكونه رهنا فيسريان الى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل اذا لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الاصل و بقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لانه مضمون بالقبض كما تقدم و قيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به اذ لو هلك قبله هلك مجانا والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين فما اصاب الاصل يسقط من الدين بقدره لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به وقوله وصور المسائل على هذا الاصل يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتهما يوم القبض والفكاك تخرج وفي ذلك كثرة وتطويل فاعرض عنها وتابعناه في ذلك قوله فيصح تعليقها بالشرط يريد بالشرط قوله فما حلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا ادخل الفاء في خبرها وقوله لانه اتلفه باذن المالك فيه اشارة الى انه لو اتلف بغير اذنه ضمن وكان القيمة رهنا مع الشاة وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن **قوله** ويجوز الزيادة في الرهن الزيادة في الرهن مثل ان يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة جاز عند علمائنا رحمهم الله والزيادة على الدين لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة وهو ان يزوج المولى امة من رجل بالف ثم زوج امة اخرى بذلك الالف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الالف عليهما وذكر في الاسرار وطريقة البرغري وغيرذلك ان ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير انه قال يجوز ان يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحة ان يقول المولى زدت لك امة اخرى بذلك المهر الا لو قال زوجتك

زوجتك هذه الامة الاخرى بذلك المهر لزم ان يصح وقوله الا يرى انه لو رهن عبدا بخمسمائة يعني من الدين الذي هو الف فيكون بنصف الدين كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله والا لتحاق باصل العقد افساد للجامع الذي ذكره ابويوسف رح وهو واضح وحاصله ان الالحاق باصل العقد انما يتصور اذا كانت الزيادة فی المعقود عليه او فی المعقود به والزيادة فی الدين ليست في شيء من ذلك اما انه غير معقود عليه فظاهر واما انه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله ويسمى هذه زيادة قصدية يعني بخلاف نماء الرهن فانه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله واذا ولدت المرهونة ولدا يعني اذا رهن جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم فی الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت مع الام فصارت كأنها كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم فی الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام ولا ولد معها **قوله** فان رهن عبدا يساوي الفا كلامه واضح وقوله على ما بيناه من قبل يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله خلافا لزفر رح هو يقول ان الضمان في باب الرهن

انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الابراء وقبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء اي بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنعه المرتهن بعد الابراء فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا لانتفاء ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ماذكره على وجه الفرق بقوله ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضي الى الدور وقوله فاما هو يعني تعذر الاستيفاء فهو قائم في نفسه وهو تكرير للتوكيد فاذا هلك يعني الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء وقوله وكذا اذا اشترى معطوف على قوله ولو استوفى وقوله لانه اي لان كل واحد من الشرى والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا او قيمته ان هلك في يده قبل الرد وقوله لانه بمعنى البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي ان يكون بمعنى الابراء فيهلك امانة ووجه ذلك ما اشار اليه ان الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط لانه يزول به اي بعقد الحوالة الى آخره وقوله لانه يعني المحال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل بقضاء الدين وقوله وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن اختيار بعض المشائخ اختاره المصنف رح ومنهم من قال اذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك امانة لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ووجه مختار المصنف رح ماذكره من توهم وجوب الدين

الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصادق على عدمه لجواز ان يتذكر وجوبه بعد التصادق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب وقوله بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من ثم الى ههنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الابراء والاولى ان يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية والله اعلم *

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها ومحاسن اجزيتها محاسن الحدود * والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه في الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحيوة والثاني يسمى قطعا وجرحا وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا **قوله** القتل على خمسة اوجه القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارث خمسة اوجه وذلك لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احد هؤلاء المذكورة * وقال صاحب النهاية لا يخلوا ما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما ان كان به قصد القتل اولا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلوا ما ان كان معه قصد التأديب والضرب ام لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما ان يكون جاريا مجرى الخطأ ام لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير كل واحد منها * وضعفه وركاكته ظاهران وقوله او ما اجري مجرى السلاح يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وهي قشره وقد تقدم وقوله وقد نطق به غير واحد من السنة منها ما قال عليه الصلوة والسلام في خطبته بعرفات الا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري

هذا في مقامي هذا و منها قوله صلى الله عليه و سلم لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرأ مسلم و قوله والقود يعني القصاص معطوف على قوله المأثم اي موجب القتل العمد الاثم في الآخرة و القصاص في الدنيا لقوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلٰى وهو بظاهره لم يفصل بين العمد و الخطأ لكنه تقيد بوصف العمدية لقوله صلى الله عليه و سلم العمد قود اي موجبه والحديث مشهور ولان الجناية بها اي بالعمدية تتكامل وقوله لاشرع لها دون ذلك اي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية و تقريره حجته ان العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقوله العقوبة المتناهية حجة اخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر و قوله ثم هو يعني القود و قوله و هذا لانه تعين مدفعا للهلاك يعني لان القاتل في الامتناع من اداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصا يسفه ويلقي نفسه في التهلكة فيحجر عليه ويمنع عنه شرعا ولنا ما تلونا من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك به ان الله تعالى ذكر في الخطأ الدية فتعين ان يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطأ وهو العمد و لما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا تلزم الزيادة على النص بالراي ووجه التمسك بالسنة ان الالف و اللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا معهود ينصرف اليه ففيه تنصيص على ان حكم جنس العمد ذلك فمن عدل عنه الى غيره زاد على النص اشار ابن عباس رضي الله عنهما في قوله العمد قود لا مال فيه الى ذلك ووجه المعقول ان المال لا يصلح موجبا في القتل العمد لعدم المماثلة لان الآدمي مالك متبذل والمال مملوك مبتذل فاني يتماثلان بخلاف القصاص فانه يصلح موجبا للمماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الاحياء زجرا للغير عن وتوعه فيه و جبرا للورثة فيتعين فان قيل فكيف صلح موجبا في الخطأ و العائت فيه مثل العائت في العمد اجاب بقوله و في الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه لما لم يكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والآدمي مكرم لا يجوز اهدار دمه على

على ان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس و العمد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز ان يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قيل هذا الوهم موجود فيما اذا اخذ المال صلحا وقد جاز واجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية * وبان الشرع اوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لا لانهم كانوا يأخذون اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل واهله لو بذلوا ما ملكوه وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص * واذا ثبت ان الاصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل ان يعفو احد الاولياء فانه تعذر الاستيفاء حينئذ اوان يكون محل القصاص ناقصا بان يكون يد قاطع اليد اقل اصبعا وامثال ذلك وقوله ولا كفارة فيه عندنا اي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص اولم يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ لانها تستر الذنب و هو في العمد اعظم و لنا انه كبيرة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه من معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه اصول الفقه وقوله ولان الكفارة جواب عن قياس الشافعي رح وهو واضح فان قيل هب ان القياس لا يصح فليلحق دلالة لانهما متماثلان في المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطأ فالجواب ان المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد مما

لا يستريبها العدم صلاحيته لعليتها كما عرفان قال قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع رضي الله عنه قال اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر او العصا الكبيرة سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف **قوله** وشبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال ابو حنيفة رح شبه العمد هو ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار اولم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو ان يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال في الضربات فاما اذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض فالاسمي هذا النوع شبه العمد لا فتصار معنى العمد فيه والا لكان عمدا واقتصاره انما يتصور في استعمال آلة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعماله غير القتل كالتأديب ونحوه لا في استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل ولابي حنيفة رح قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان ابن بشير رضي الله تعالى عنه ووجه الاستدلال انه عليه الصلوة والسلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصيصه بالصغيرة ابطال الاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة تساويا في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاستعمال على غرة يحصل القتل غالبا واذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله وموجب ذلك اي موجب شبه العمد على القولين يعني قول ابي حنيفة رح وقولهما الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب على

علي ما مر من تفسيره والكفارة لشبهه بالخطأ والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمدا وعن اقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمدا فان في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله وقوله لقضية عمر رضي الله عنه يعني ماروي عنه رضي الله عنه انه قضى بالدية على العاقلة في ثلث سنين والمروي عنه كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه مما لا يعرف بالراي وقوله فالحجة عليه ما اسلفناه قيل اراد به قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف رح في مثله ان يقول ما روينا والحق ان يقال انما قال اسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى المعقول **قوله** والخطأ على نوعين انما انحصر الخطأ في نوعين لان الرمي الى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمي فان اتصل الخطأ بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله لما بيناه اشارة الى قوله وتجب في ثلث سنين لقضية عمر رضي الله عنه ولا اثم فيه في الوجهين اي النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان الحديث وقوله ويحرم عن الميراث لان فيه اثما بدليل وجوب الكفارة والحرمان يجب من انواع القتل فيما هو جناية قتل على المورث تضمنت تهمة الاستعجال الى الميراث وهذا كذلك لاحتمال انه قصده الا انه اظهر الخطأ من نفسه وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في الفرائض مستوفى بتأييد الله تعالى وقوله بخلاف ما اذا تعمد متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تعمد ان يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو اراد يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطأ وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ الا انه كالخطأ في الاحكام لان المقتول مات بثقله فكأنه مات بفعله وقوله لان

الشرع انزله قاتلا يعني في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان ولنا ان الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما الحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى في حق غيره على الاصل فان قيل الحافر في غير ملكه يأثم ومافيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ اجاب بقوله وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه يعني ان الاثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه اثم الحفر لا الموت وقوله ومايكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما اجري مجراه واما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الا ترى ان فقأ العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة والله اعلم بالصواب *

باب مايوجب القصاص ومالا يوجبه

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة **قوله** القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد * هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك وقوله على التأبيد احتراز عن المستأمن فان في دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبئ عنها القصاص ولابد من صفة العمدية لما بيناه من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن ان الجناية تتكامل بها وفيه بحث من اوجه * الاول ان العفو مندوب اليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب * الثاني ان حقن الدم على التأبيد غير متصور لان انهى مايتصور منه ان يكون للمسلم في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله * الثالث انها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص * الرابع ان قيد التأبيد

التابيد لثبوت المساواة واذا قتل المستأمن مسلما وجب القصاص ولامساواة بينهما والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولامنافاة بينه وبين العفو * وعن الثاني ان المراد بالحقن على التأبيد ماهو بحسب الاصل و الارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربي الى داره اصل لا عارض * وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الابوة * وعن الرابع بان التفاوت الى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله العمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وذكر قول الشافعي رح ووجهه وهو واضح وقوله وهي اي العصمة بالدين يعني عنده او بالدار يعني عندنا والحر والعبد يستويان فيهما فيجري القصاص بينهما فان قال جاز ان يكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لايصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لماجرى بين العبدين كما لايجري بين المستأمنين وليس كذلك وقوله والنص تخصيص بالذكر جواب عما استدل من المقابلة فى الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس رضي الله عنهما روى ان قبيلتين من العرب تدعي احدٰهما فضلا على الاخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لانرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اجيب بان القصاص فى الاطراف يعتمد المساواة فى الجزء المبان فانه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في اجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد ها فى العصمة وقد تساويا فيها على مامر **قوله** والمسلم بالذمي المسلم والذمي فيه سواء اختلف العلماء في ثبوت اقتصاص

المسلم بالذمي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب ابوحنيفة واصحابه رضي الله عنهم الى ثبوته وهومذهب النخعي والشعبي استدل الاولون بما روى ابوجحيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندكم من رسول الله سوى القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الا ان يعطي فهما في كتابه ومافي الصحيفة قلت ومافي الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولامساواة بينهما فيه وانما قيد بوقت الجناية لان القاتل اذاكان ذميا وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد ابن الحسن عن ابراهيم ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا احق من وفى بذمته ثم امر به فقتل وفي دلالته على المطلوب جلاء لا يجارى ورد بان مداره على ابن السلماني وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ ابن السلماني حديثه منكر وروى عنه ربيعة ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو مرسل منكر وقال الدارقطني ابن السلماني لا تقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا ارسل والجواب ان الطعن بالارسال والطعن المبهم من ائمة الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده او الدار يعني عندنا فيثبت وقوله والمبيح كفر المحارب جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره انالا نسلم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لايؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة اي قتل الذمي بالذمي دليل على ان كفر الذمي لايورث الشبهة اذ لو اورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص وقوله والمراد بماروي جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه

منه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو حنيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المصنف رح بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لان انه الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذا لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى يصح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من وجهين * احدهما المسلم دخل دارهم بامان فقتل كافرا حربيا فهو حرام لكن لا يقتص منه * والثاني ان يقتل من لا يحل قتله من اهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله ولا يقتل يعني المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد كما تقدم في اول الباب ولان كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع الى داره فكان كالحربي ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا انه ليس محقون الدم على التأبيد وقيل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا * ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا اريد هناك بالحربي اعم من ان يكون مستأمنا او محاربا وهو الحق ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تأويل فلم يقل لما روينا وقوله للعمومات يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله ولان في اعتبار التفاوت الى آخره يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي رحمه الله تعالى

قوله ولا يقتل الرجل بابنه لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معلل ظهر اثره في جنس الحكم المعلل به فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او وجده زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم اسباب لاحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم **قوله** والقصاص يستحقه المقتول جواب عما يقال الوارث يستحق افناؤه لا الولد ولا محذور فيه ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه لاستغني عن هذا السؤال والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطأ من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف او سكين فان فيه توهم التأديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة قال المصنف رح وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بينته وهو محصن فانه يرجم اجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحد اذا زنى بجارية ابنه لان حق الملك بقوله عليه السلام انت ومالك لابيك صار شبهة في الدرء وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه سبب لاحيائه وقوله ولا ولده بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يستوجب وجاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولده على ابيه اذا قتل الاب عبد ولده وقوله ومن ورث قصاصا على ابيه يعني مثل ان يقتل الرجل ام ابنه مثلا وقوله ولا يستوفى القصاص الا بالسيف يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله ينظر ان كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا يجز رقبته وان كان بغير مشروع كان سقاه الخمر حتى قتله او لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص على المساواة وذلك فيما ذكرنا لان فيه مساواة في الاصل والوصف اي الفعل والمقصود به ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي

نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا فان قيل يحتمل ان يكون المراد لاقود يجب الا بالسيف اجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء القتل كالقصاص دون مايجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار مايؤول اليه وهذا مختار صاحب الاسرار * وفخر الاسلام قدره بلاقود يجب الا بالسيف واستدل به لابي حنيفة رحمه الله في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه في التقرير وقوله ولان فيما ذهب دليل معقول يتضمن الجواب من قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لولم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الجز بعد فعل مثل مافعل به وانه غيرجائز لادائه الى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلان يجوز ترك البعض اولى **قوله** واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى اذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو اما ان ترك وفاء اولم يترك فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون له وارث غير المولى اولا فان كان الثاني فللمولى القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا ارى في هذا قصاصا واستدل بما ذكر في الكتاب وكأنه حام حول الدرء بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين الى آخره وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل هذه الشبهة لانحطاطها عن درجة الاعتبار لان السببين اذا رجعا الى شخص وحكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد لحكم واحد واما اذا رجعا الى شخصين كما لوكان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها فيمكن ان تكون معتبرة وان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود الاشتباه على ماذكر لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته على نعت الحرية اوالرق فانه على قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما يموت حرا اذا اديت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدا فيكون استيفاء القصاص للمولى

بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان كان الثاني وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر ولم يذكروا ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له اوله ورثة ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب وقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعتق بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه وقوله واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المقتول الاستيفاء لانه من باب الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها اي الى النفس وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح ولا يتوهم ان كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله اي لولي المعتوه ان يصالح لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه انظر في حق المعتوه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله لانه ليس له ولاية على نفسه اي نفس المعتوه وهذا اي الاستيفاء من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق يريد قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك وقوله ان الوصي لا يملك الصلح يعني عن النفس واما عماد ونها فيملكه وقوله وانه اي المال يجب بعقده اي بعقد الوصي **قوله** ومن قتل وله اولياء صغار وكبار اذا كان في اولياء القتيل صغار وكبار فاما ان يكون فيهم الاب اولا فان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر مما ذكر ووجه ابي حنيفة رح مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير مأيوس حال الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة فيثبت لكل واحد كملا كالولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو احدهما

احدهما كما لو تعدد القتيل وعفى احد الاولياء فان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة واجيب بان الحق هنا واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق ثم متعدد ولا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره وقوله ومسئلة الموليين ممنوعة جواب عن قولهما وكان بين الموليين وسند منعه ماذكر في الاسرار لا رواية في عبد اعتقه رجلان ثم قتل اوقتل وله مولبان فيجوز ان يقال لانسلم ان احدهما لا ينفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فاحد الموليين انما لم ينفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب اصلا فكانا كشخص واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة وقوله ومن ضرب رجلا بمر الى آخره واضح وكذا قوله ومن غرق صبيا وقوله كما بيناه اشارة الى قوله يفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا وقوله لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لكن استدلال الشافعي رح بالحديث واستدلالهما بالمعقول وقوله ولامراء في العصمة اي لاشك فيها وقوله ومنه المقصة للجلمين الجلم الذي يجزبه وهما جلمان وقوله وما رواه غير مرفوع ولانه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه وقال صلى الله عليه وسلم لاتعذبوا احدا بعذاب الله اوهو محمول على السياسة وقد اومت اي اشارت اليه اي الى كونه محمولا على السياسة اضافته الى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله واختلاف الروايتين مرفوع على الابتداء وقوله في الكفارة خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله انما كان في الكفارة فانه روي عنه ان لاكفارة في شبه العمد وروى الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله لوجود السبب يعني سفك دم محقون على التأبيد عمدا وعدم ما يبطل حكمه يعني من عفو او شبهة وقوله واذا التقى الصفان ظاهر وقوله احد نوعي الخطأ يريد به الخطأ في القصد وقوله وكذا الدية منصوب عطفا على الكفارة وقوله على ما نطق به النص يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله

ولما اختلفت سيوف المسلمين اي توالت روي ان سيوف المسلمين توالت على اليمان ابي حذيفة في بعض الليالي في غزوة خندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة وقوله ومن شج نفسه واضح وقوله وفعله بنفسه هدر في الدنيا يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي وقوله يغسل ويصلي عليه اثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلي عليه صار كأنه مات حتف انفه بمرض من غير فعله على نفسه وقوله ولا يصلي عليه لان جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغي وقوله فلم يكن هدرا مطلقا متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح *

فصل

لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد وكلامه واضح وقوله اطل دمه اي اهدر وقوله والمعنى اي ومعنى الوجوب دفع الضرر لان الواجب هو دفع الشر على اي وجه كان لا عين القتل وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الحديث والمعقول وقوله وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني اذا صالا على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة وقوله فاشبه المكره يعني ان المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره اضيف التلف الى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فاشبه المكره يعود على المكره فيقتله وقوله قاتل دون ماله اي لاجل ماله وقوله فكذا استردادا في الانتهاء لانه اسهل من الابتداء *

باب القصاص في ما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس اتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الاطراف وكلامه واضح وقوله ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد وهو البطش لا تختلف

لا تختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة اذا اخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج لكبر راسه فان الكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين اخذه ارش الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين وبالاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو بمقدار شجته ويترك الصورة وان شاء اخذ ارشها وقوله على ما قال في الكتاب يعني القدوري وهو مأثور من الصحابة رضي الله عنهم روي ان هذا حدث في زمان عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علي رضي الله عنه فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فان كان السن عظما فالاستثناء متصل ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بان تبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها او الى اصلها ان قلعها ولا يقلع لتعذر المماثلة فربما يفسد به الثانية كذا في المبسوط وان كان غير عظم كما اشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف رح انه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله وليس فيما دون النفس شبه عمد قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك انه عمد وههنا انه عمد او خطأ فيحمل الاول على ان المراد به ان امكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل فيما دون النفس وامكن القصاص جعل عمدا روي ان الربيّع عمة انس ابن مالك كسرت ثنية جارية من الانصار باللطمة فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص واللطمة اذا اتت على النفس لا توجب القود

وان لم يمكن القصاص جعل خطأً و وجب الارش وقوله ولا قصاص بين الرجل والمرأة ظاهر
وقوله الا في الحريقطع طرف العبد يعني لا يجب القصاص فيه عندنا ايضا والشافعي
رضي الله عنه اخذ بقول ابن ابي ليلى و سلكا في الباب طريقا سهلا وهوا عتبار الاطراف
بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك
في الاطراف لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل
بالتفاوت في القيمة وهواي التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر
بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ولاتبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحزر والظن
فلا تكون مساوية ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت معلوما قطعا امكن اعتباره بخلاف التفاوت
في البطش لانه لاضابط له فاعتبرا صله فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين
لامكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين اجيب بان التساوي انما يكون بالحزر
والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة في الاموال الربوية عند
المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه
منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون
يد المرأة بيد الرجل فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها
خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس
منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما
يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة ينتفي به المماثلة
ينبغي ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم ان يكون باذلا للزيادة في الاطراف
ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البدل بالاطراف والباقي ظاهر
قوله ومن قطع يد رجل من نصف الساعد كلامه واضح وقوله لان حقه متعين في القصاص
لانه لو زال الشلل قبل ان يستوفي الارش لم يكن له الا القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي رح

و ح ان الواجب احد الشيئين اما القصاص او الارش فاذا تعذر احدهما لفوات محله تعين الآخر وقوله ومن شج رجلا فررئاه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع اكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله وفي عكسه يخير ايضا وهو ان يكون رأس المشجوج اكبر من رأس الشاج لانه ان استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان ازيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيخير بين الارش والاقتصاص والباقي الى آخره واضح *

فصل

لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك في فصل على حدة وان اصطلح القاتل واولياء المقتول من القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان او كثيرا زائدا على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عُفِيَ لَهُ مِنْ اَخِيهِ شيءٌ الآية على ما قيل انها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو الموافق للامام فان عفي اذا استعمل باللام كان معناه البذل اي فمن اوتي من جهة اخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع اي فلمن اعطي وهو ولي القتيل مطالبة بدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة * وانما قال على ما قيل لان اكثر المفسرين على انها في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فانه يراد به البعض وتقريره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفي بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فاتباع بالمعروف اي فليتبع غير العافي بطلت حصته بقدر حقه وليؤد القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص ولقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان شاؤا اقادوا وان شاؤا اخذوا الدية قال المصنف رضي الله عنه

والمراد والله اعلم الاخذ بالرضى على ما بيناه بعني انه ليس للوالي العدول الى المال الا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله نص مقدر بكسر الدال وقوله كالخلع وغيره يعني كالاعتاق على مال وقوله خلافا لمالك والشافعي رح في الزوجين قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل من المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على ان خلاف مالك في الدية خاصة وان الشافعي رح يقول النساء لا تستوفي القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب من انه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي رح مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار وهو مواخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله لهما ان الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث احد الزوجين من الآخر شيئا وهو باطل ولكن يحمل على ان معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا بالسبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد بالعقل والنقل اما الاول فحديث امرأة اشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب واما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يستند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها و وتقضى منها ديونه وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من حرز الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله لان الواجب نصف الدية يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ وقلنا الواجب بعض بدل الدم لانه بدل الجزء وكله موجل الى ثلث سنين فكذا بعضه كالالف الموجلة الى ثلث سنين فان كل درهم

درهم منها كذلك وقوله والواجب في اليد جواب اعتبارة وهو واضح **قوله** واذا قتل جماعة واحدا عمدا اذا تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم والتمالؤ التعاون وصنعاء اليمن قصبتها وروي عن علي رضي الله عنه انه قتل ثلثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة رضي الله عنهم متوافرة ولم ينكر عليهم احد فحل محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع ولان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن ان يجمع عليه امثاله ويقتل لعلمه ان لا قصاص فيودي الى سد باب القصاص ولقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه المويد بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه قياس الباقين على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد ويربو على ذلك بقوة اثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد * واذا كانت المسئلة بالعكس وحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب وقال الشافعي رح يقتل بالاول منهم ويجب المال يعني ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة او جهل الاول قتل لهم وقسم الديات بينهم او يقرع وقوله وهو القياس في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا الا انه عرف بالشرع يريد به قضية عمر رضي الله عنه ولنا ان كل واحد منهم اي من اولياء القتلى قاتل قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزى اصله الفصل الاول فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان العكس

كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما تكون من الجانبين وقوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو تفرد من الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لابد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا اذا حلف جماعة كل منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا ولان القصاص شرع مع المنافي وهو قوله صلى الله عليه وسلم الآدمي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب لتحقيق الاحياء وتحقيق الاحياء قد حصل بقتله اي بقتل القاتل فاكتفي به ولا شيء لهم غير ذلك وقوله ومن وجب عليه القصاص ظاهر **قوله** واذا قطع رجلان يد رجل واحد تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدده في النفس عندنا فاذا قطعا يدا فلا قصاص اصلا وقال الشافعي رح ان وضع احدهما السكين من جانب والآخر من آخر وامرا حتى التقى السكينان فالحكم ذلك لان كلا منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده وان احدا سكينا وامراها على يده حتى انقطعت قطعت ايديهما اعتبارا بالنفس اما لكونها تابعة لها واما ان يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا او مختلفا لانا نعلم ان ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصا لانتفاء المماثلة وهذا لان المحل متجز فان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن ان يجعل كل واحد قاطعا كملا بخلاف النفس فان الازهاق لا يتجزى وقد مر والباقي ظاهر وقوله وان قطع واحد يميني رجلين قيد بذلك لانه لو قطع يمين احدهما ويسار الآخر قطعت يداه لا يقال تنتفي المماثلة حينئذ لانه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما فوتاه عليه لان المعتبر في حق كل واحد ما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه وقوله والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي يعني لان من عليه القصاص حر * جواب عن قوله لان اليد استحقها الاول وتقريره ان القصاص ملك الفعل وثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بحريته عنه واذا

واذالم يكن المحل مشغولالم يمنع من ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا و قوله ولتردد حق الآخر يعني ان حق الحاضر ثابت في اليد و مزاحمة الآخرله في الاستيفاء موهومة عسى ان يعفوا ولا يحضر فلا يوخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضي بالجميع له لذلك وقوله لانه اوفي به حقا مستحقا يعني انه قضي بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضي للآخر بالارش و قوله واذا اقرالعبد بقتل العمد لزمه القود وانما قيد بالعمد لانه لو اقر بالخطأ لا يجوز سواء كان ماذونا او محجورا اما المحجور فظاهر واما الماذون فلانه ليس من التجارة وقوله حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص توضيح لبقائه على الحرية وكل مالا يصح اقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار كوقوعه بالايقاع واذا اقر بسبب يوجب الحد يوخذ به وقوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر قيل فان الرمي اذا اصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا واذا قتله سمي قتلا واذا اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد بالاسامي المختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة مثلا فانه يجوز ان توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطأ نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل ان يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا امرا دائرا بين الحظر والاباحة ولم توجد والجواب ان الخطأ هو تحقق الجناية في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان او لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالسبقة الى المخالف لها كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة

وانما قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فاصاب عنقه ومات فانه عمد لانه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فاصاب رقبة غيره فجزها او رمى الى شخص فاصاب غيره فمات فان ذلك خطأ لان قطع يد رجل او قتله لا يكون قتلا لغيره فكان مخالفا له من كل وجه والله اعلم بالصواب *

فصل

ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا القتل والقطع اذا حصلا في شخص واحد كان على وجوه ان يكونا خطأين او عمدين او يكون القطع خطا والقتل عمدا او بالعكس فذلك بالقسمة العقلية اربعة ثم ان كل واحد منهما اما ان يكون قبل البرء او بعده فذلك ثمانية اوجه وكل ذلك اما ان يتحقق من شخص واحد او شخصين فذلك ستة عشر وجها فان كانا من شخصين يفعل لكل واحد منهما موجب فعله من القصاص واخذ الارش لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد فايجاب موجب الفعلين او احدهما مبني على اصل ذكره المصنف رح بقوله والاصل فيه ان الجمع يعني الاكتفاء بموجب احدهما واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للاول ويجعل الكل واحدا الا ان لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او بتخلل البرء فحينئذ يعطى كل واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع اصلا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما في الصورتين الاوليين وان تجانسا خطأ جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفي بدية واحدة وان تجانسا

عمدا فقد اختلف فيه قال ابوحنيفة رضي الله عنه الولي بالخيار بين ان يقطع ثم يقتل و بين ان يقتل وقالا يقتل ولا يقطع وقوله فان شاء الامام قال اقطعوه قال شمس الائمة السرخسي يشير الى ان الخيار للامام عند ابي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم ان لهم الخيار قالا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذذاك عن الجزاء واما لان الجز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الجاز واذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب هو الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة وقوله ولان ارش اليد دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطأين وتقريره ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالجز القاطع للسراية فارش اليد انما يجب بالجز القاطع بالسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الجز وفي ذلك تكرار دية اليد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل قصاص اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالجز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص على المساواة وهي انما تتحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه واما الخطأ فمبناه على التخفيف الا يرى ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا

قوله ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ ومن ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان عشرة

في مكان فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب
وقوله كذا كل جراحة اندملت يعني مثل ان كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى
معتبرة لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على اصل
ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح في مثله حكومة عدل وسياتي تفسيرها في آخر فصل
الشجاج وعن محمد رح انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب مائة سوط فجرحته وبقي لها اثر
يجب له حكومة عدل دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الاثر وهو موجود
والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرء وليس بموجود وهذا يشير الى انه
ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها اثر فكذلك
كما هو اصل ابي حنيفة رح لانه لم يكن الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضربه ضربا
مولما ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلها ياتي قبل فصل الجنين **قوله** ومن قطع
يد رجل اعلم ان العفو من القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند ابي حنيفة
رحمه الله خلافا لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفى المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى
الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شيء عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان الفعل
عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه وموجبه اما القطع
او القتل اذا اقتصرا وسرى فكان العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري
والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما حدث منه حتى اذا قال شخص لآخر اقطع يدي
فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء وصار كما اذا
عفى عن الجناية فانه يتناول السراية والمقتصرة فكذا هذا ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو
لم يتناوله بصريحه لانه عفى عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين ان الواقع
قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا يرى ان

ان الولي لوقال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفى عن اليد ثم سرى وانا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا انا تركناه لان صورة العفوا ورثت شبهة وهي دارئة للقود فتجب الدية وقوله ولا نسلم ان الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح منع ذلك والجواب ان المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر وقوله بل الساري قتل من الابتداء اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله وكذا الاموجب له من حيث كونه قطعا جواب عن قوله والقتل اذا سرى يريد ان القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا لانه اذا سرى ومات تبين ان هذا القطع لم يكن له موجب اصلا انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافا الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو وقوله بخلاف العفو عن الجناية ظاهر وقوله في هذه الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية **قوله** وفاقا وهو في موضعين * احدهما ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ * والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية ايضا وخلافا وهو ايضا في موضعين * احدهما ان العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند ابي حنيفة رحمه الله يكون عفوا عن ارش اليد لاغير * والثاني ان العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعنده عن ارش الشجة لاغير آه اي اعلم بذلك اطلاقه اي اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ومنع الاطلاق بان قوله فعلى

القاطع الدية في ماله يدل على انه في العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة واجيب بان الوضع مطلق لا محالة والجواب انما هو لاحد نوعيه وتقديره فعلى القاتل الدية في ماله ان كان القطع عمدا وقوله كما لو اوصى باعارة ارضه يعني انه اذا تبرع بمنافع ارضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست باموال وفيه بحث من اوجه * الاول ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة * الثاني ان الوصية باعارة ارضه باطلة وان صحت فحكمه التهايؤ يسكن الموصى له يوما والورثة يومين ان لم يقبل القسمة وان قبلها يفرز الثلث للموصى له * والثالث ان المنافع اموال فكيف صارت نظير ما ليس بمال والجواب عن الاول ان المصنف رح نفى تعلق حق الورثة به لا لكونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس * وتركهم اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي او الحكمي او نكاحه او ولايته حقيقة او حكما في ماله او حق قابل لها بعد موته وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما يرى لا ينحصر في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح ان يكون موروثا ولا شك في قبولية القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بان المراد من قوله اوصى تبرع كما عبرناه عنه آنفا والوصية تبرع خاص فيجوز ان يستعار لمطلقه وعن الثالث ان المنافع اموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله فيعتبر من الثلث فيه اشكال وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب ان لا يصح في حصته واجيب بان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفى عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا

ولا مانع منه الا ترى انه لو وهب له شيئا و سلم جاز قوله واذا قطعت المرأة يد رجل اذا قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على يده فاما ان يقتصر او يسري فان كان الاول صحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا او خطأ و تزوجها على القطع فقط او عليه وما يحدث منه لانه لما بر أنبين ان موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة و الارش يصلح صداقا وان كان الثاني واليه اشار بقوله ثم مات فاما ان يكون القطع خطأ او عمدا فان كان الاول فلها مهر مثلها و الدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص في الطرف و هو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى و القصاص يسقط ههنا اما بقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون هو المهر واجيب بانه ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا و اذا لم يصلح القصاص مهرا ولا بد له مهرا يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها فان قيل قبولها التزوج يتضمن العفو والمعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية اشار الى الجواب بقوله لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن فيما نحن فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فيجب الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمل العمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه يريد به قوله لانه هو الموجب للعمد واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويا

وان لم يتسا و يا رد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطأ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط القصاص اتحادهما وقوله ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها ظاهر وقوله ولا شيء عليها اي لا دية ولا قصاص وقوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر المثل وقوله ولهم اي وللعاقلة ثلث ما ترك اي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية وقوله فاتفق جوابهما في الفصلين يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المتفق والمختلف والا فالفصول ثلثة **قوله** ومن قطعت يده فاقتص له من اليد كلامه واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا شيء عليه على ما سيجيء **قوله** ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة وكذلك دليلهما واما دليل ابي حنيفة رح فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه احد وليس اصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على انهما اوجباله قتل النفس وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيضمنان لايجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل انه ابرأ غريمه عن الدين ثم رجعا وقوله وانما لا يجب المال في الحال جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب ان يضمن في الحال وقوله وملك القصاص في النفس ضروري جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا

ضرورياً لثبوته مع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلث وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها والقطع مقصود اغيرها فيكون تصرفا فيه في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان وقوله فاما قبل ذلك يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلثة يريد به القطع فلم يظهر يعني ملك القصاص لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله واما اذا لم يعف وما سرى جواب عن قولهما او عفا وما سرى وقوله والصحيح انه على الخلاف يعني فلا يكون مستشهدا به وكذلك قوله هو الصحيح وقوله والاصابع وان كانت تابعة جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشائخ فانهم سرعوا بالفرق واما صاحب الاسرار فمنعه وقال لا نسلم انه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا عن الكف وقوله ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه واضح وقد اشرنا اليه من قبل وقوله فصار كالامام اي القاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لا شيء عليه وقوله والمأمور بقطع اليد كما اذا قال اقطع يدي ففعل فمات لا شيء على القاطع وقوله في مجرى العادة يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله لانه مكلف فيها اي في المسائل بالفعل اما تقلدا كالامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه ان يحكم او عقدا كما في غير الامام من المسائل يعني البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب ولا التزام اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق اي الاباحة فاشبه الاصطياد ولو رمى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وطولب بالفرق بين هذا وبين المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الاب فمات وقاطع يد حربي او مرتد اسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستأجر والمستعير للركوب اذا نفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان

وههنا يجب اذا سرى واجيب بان في الثلثة الاول حصل سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الآذن ولو اهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء فكذا اذا اذن بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه يجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان واما الرابع فلان القطع مع السراية يصير قتلا من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتلا من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع والله اعلم بالصواب *

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب على حدة ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين الذي يكون لابيهما على آخر والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وليس لابي حنيفة رح تمسك بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز اما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد بعد واما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان ان السبب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك واذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه ان ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين * واستدل لهما على ان طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لانه عوض عن نفسه قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس فيكون الملك

الملک فيه لمن له الملک في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه ولابي حنيفة رحمه الله ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملک للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملک كما ان الميت ليس من اهل القصاص لكونه ملک الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو ان يثبت الملک للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله بخلاف الدين جواب عن قولهما كالدين لانه اى الميت من اهل الملک في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهما خصما عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا انسب للقواعد الفقهية فان المحل مما للشبهة فيه مجال وقوله فان اقام القاتل البينة واضح وقوله لانهما يجران تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام المحبوبي لانهما زعما ان القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما وقوله فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا تتأتى فيه الاقسام العقلية لانه اما ان يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا او يكذبهما او يصدقهما القاتل دون المشهود عليه او بالعكس والمذكور في الكتاب اولا هو ان يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم اثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل واشار بقوله وحده الى انهما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شيء للمشهود عليه لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا اقر بالعفو فصار كما لو ثبت ذلک عيانا وقوله وان كذبهما اي كذبهما القاتل والمشهود عليه ايضا فلا شيء للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية لما ذكره في الكتاب وقوله وان صدقهما المشهود عليه وحده يعني وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لاقراره له بذلک وفي بعض النسخ ولكنه يصرف ذلک الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره

وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه * وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرالهما بما اقر به القاتل له فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان فكذا هذا **قوله** واذا شهد الشهود انه ضربه صورة المسئلة ظاهرة وقوله اذا كان عمدا اقول المصنف رح احترز به عن الخطأ ثم قال وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح لانه اذا لم يكن كذلك لايجب القود عند ابي حنيفة رحمه الله كما تقدم قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود واجيب بانهم لما شهدوا انه ضربه بسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لم يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه واقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف رح وقوله واذا اختلف شاهدا القتل ظاهر وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف الشاهدين في الاموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس اولى وقوله لان المطلق يغاير المقيد فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله وان شهدوا انه قتله واضح وقوله ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعةُ يُقسِمُ المجرمون مالبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان * وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا

صاروا فسقة ووجه ذلك انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسبة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم هذا معفوا عند الله تعالى لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فبنأ وبلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله واولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقه اي بتجويز الكذب وقوله وهذا في معناه اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب اليه ههنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث هناك ورودا ههنا وقوله فلا يثبت الاختلاف بالشك يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين واجملوا واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا تلزم العاقلة وقوله واذا اقر الرجلان مسئلتان مبناهما على ان تكذيب المقرله المقر في بعض ما اقربه لا يبطل اقراره في الباقي فان من اقر بالف درهم وصدقه المقرله في النصف وكذبه في النصف صح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما اقربه لانه اذا اكذبه في كل ما اقربه بطل الاقرار لانه رد لاقراره وعلى هذا لو قال المقرله بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له ان يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه انت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما *

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن لان من اخرج المتقوم

من التقوم اسقط حقه كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب فانه صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه فصار به مبرئا كما اذا ابرأه اي الرامي عن الجناية او حقه بعد الجرح اي انعقاد سببه وهو الرمي قبل ان يصيبه السهم ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم واستوضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم اصاب فان ردته بعد الرمي لا تحرم لان فعله ذكاة شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة بعد صحيح وهذه العبارة انسب مما قاله المصنف رح حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل لكان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب القصاص اجاب بقوله والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة ووجبت الدية اي في ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك ونوقض بما اذا رمى الحلال صيد في الحل فدخل الحرم ثم اصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامي واجيب بان جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون اقل من ذلك وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح وقال محمد رح عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده ثمان مائة لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما

وانما يضمن النقصان واذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهو جناية تنتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك اي فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي ولهما انه يصير قاتلا الى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه وابو يوسف رحمه الله يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو ان المرمي اليه خرج من الابتداء من ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابايوسف رح يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد وقوله بخلاف القطع والجرح جواب عما ذكرنا لمحمد رح من صورة الجرح والقطع استشهادا على قطع السراية وتحقيقه ان العتق فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لعدم اثر منه في المحل وانما تقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فتجب قيمته للمولى وزفر رح وان كان يخالفنا في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظرا الى حال الاصابة فالحجة عليه ما حققناه والباقي ظاهر الى آخره *

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما ان الدية احدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر من ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد **قوله** وفي شبه العمد دية مغلظة شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات **قوله** وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة

مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير والصوم فقط فلا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف **قوله** ولانه جعل المذكور كل الواجب استدلال بالآية بوجهين آخرين * احدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او بقي منه شيء وسله مخل الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وفي نيته ان يقول وعبده حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يختل الفهم * والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان على ما عرف يعني في اصول الفقه ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لان شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام احد الابوين والثاني بالظهور اذ الظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حيوته ولا سلامته **قوله** وهو الكفارة في الخطأ لما تلونا يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة وديته اي دية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول ابي يوسف مع ابي حنيفة رضي الله وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفة وهي الحامل من النوق فقوله في بطونها اولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ يعني من دية الخطأ المحض فان الابل فيه تجب اخماسا وذلك اي كونه اغلظ فيما قلنا لانا نقول اثلاثا وانتم تقولون

تقول بن ارباعا ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال به ان الثابت منه عليه السلام هذا وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولابد منه بالاجماع وما رويناه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالا وقال علي رضي الله عنه يجب اثلاثا ثلثة و ثلثون حقة وثلثة وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله عنه بمثل ما قلنا ارباعا والرأي لامدخل له في المقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما رويناه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن اولى وقوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني لايزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم والف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح يغلظ في النوعين الآخرين اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية الخطأ والى قيمة اسنان الابل في شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطأ يزاد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل من اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل لزيادة جناية وجدت منه ولم توجد في الخطأ وهذا المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما ولنا ماذكره في الكتاب ان التغليظ في الابل ثبت توقيفا ولا يثبت في غيره قياسا لانه يأبى التغليظ لان عمد الاتلاف وخطأه في باب الغرم سواء ولا دلالة كيلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله لما بينا من قبل يعني في اول كتاب الجنايات **قوله** والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا خماسا قيل منصوب باضمار كان ويجوز ان يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطأ وقد اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود رضي الله عنه عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه اخذنا نحن والشافعي رح لان ابن مسعود رضي الله تعالى عنه روى عن النبي عليه السلام انه قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي رضي الله عنه انه

اوجب ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحال الخطأ لان الخاطئ معذور وقوله خيران عند الشافعي رح استثناء من قوله وبه اخذنا والشافعي رح يعني انه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه انه اليق بحال الخطأ وقوله ومن العين يعني الذهب الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم يعني وزن سبعة وقال الشافعي رح من الورق اي الفضة اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ان عمر رضي الله عنه روى عن النبي عليه السلام انه قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تأويل وذكر المصنف رح تأويل ما ذكره الشافعي رح انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر رضي الله عنه فابطل عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين * احدهما انه قال روى عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى عهد عمر رضي الله عنه وذلك تناقض * والثاني ان وزن ستة يزيد عليه اثنا عشر الفا فلا يكون التأويل بذلك صحيحا والجواب عن الاول ان المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز ان يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يوجد من الدراهم وزن سبعة ايضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني ان شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الا شيئا الا انه اضيف الوزن الى ستة تقريبا وقوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها اي من هذه الانواع الثلثة يعني الابل والذهب والفضة ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف رح كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار وقال في النهاية و

وقيل في ديارنا قميص وسراويل وقال فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القائل مع ولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة اوغيرها على قول ابيحنيفة رح على ماهو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لوصالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لوصالح على اكثر من مائة من الابل وقوله لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها قال ابويوسف رح حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلة مائتي حلة ولابي حنيفة رح ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لايقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانه باتلاف اوغيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة كمارويناها وعدمناها في غيرها فان قيل فيلحق بها دلالة قلنا لاحتى يثبت انها في معناها من كل وجه وقوله وذكر في المعاقل اي في معاقل المبسوط اورد هذا شبهة على ما روي عن ابي حنيفة رح من قوله ولاتثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة وجه ورودها ان محمدا رح ذكر في المعاقل انه لوصالح الولي من الدية على اكثر من الفي شاة او على اكثر من مائتي بقرة او على اكثر من مائتي حلة لايجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول المقدرة عنده ايضا وذكر الجواب على وجهين *احدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف ولا ارى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا* والثاني يرفعها بحمل رواية المعاقل على انها قولهما وحمل بعض مشائخنا على ان في المسئلة عنه روايتين **قوله** ودية المرأة على النصف من دية الرجل دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لامدخل للرأي فيه وقال الشافعي رح مادون الثلث لايتنصف قال في النهاية الصواب ان يقال

وقال الشافعي رح الثلث ومادونه لايتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه
يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك
فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل
وكذلك قال بعد هذا في قول المصنف رح اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه * الصواب ان يقال
اعتبارا بها وبما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد رح في الاصل بلغنا عن
علي رضي الله عنه انه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال
وبذلك نأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لايتنصف
وبه اخذ الشافعي رح وهذا يصحح قول المصنف رح واحتجوا في ذلك بان النبي عليه السلام
قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث الدية وبما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد ابن المسيب
ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه
عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثة اصابع قال عليه ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعة
اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال
اعرابي انت فقلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت فقال انه السنة وبه اخذ الشافعي رح
وقال السنة اذا اطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والحجة عليه ما رويناه
بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة ومنفعتها اقل
لا تتمكن من التزوج باكثر من زوج واحد وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا
في اطرافها واجزائها اعتبارا بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع الاصل والحديث المروي
نادر ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لايمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد
انه السنة يريد به سنة زيد رضي الله عنه فان كبار الصحابة افتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول
عليه السلام لما خالفوها **قوله** ودية المسلم والذمي سواء دية الذمي كدية المسلم رجالهم
كرجالهم ونسائهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح

واضح وقد استدل الشافعي رح بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة وبقوله تعالى افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله عليه السلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم يدل على ان دماء غيرهم لا تتكافؤ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالانوثة تنقص الدية فبالكفر اولى وبان الرق اثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له اولى والجواب عن الآيتين ان المراد احكام الآخرة على انهما لا يعارضان قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان في المالكية فان المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب احد ان نفس كل شخص اعز مما في يده من المال والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله اذا اتلف ففي النفس اولى وان لم يكن لنا في المسئلة الا ما روى الزهري ان دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان زمن معوية جعلها على النصف وما روي عن علي رضي الله عنه لشهرته انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه دية الذمي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام ودى ذميا قتل بمائة من الابل لكان لنا من الظهور في المسئلة ما لا يخفى على احد *

فصـــل في مادون النفس

اعقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها **قوله** وفي النفس الدية وقد ذكرناه اعادة ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيد الذكر ما بعده وقوله وقد ذكرناه يعني في اوائل

الجنايات ومعنى قوله في النفس الدية تجب الدية بسبب اتلافها كما يقال في النكاح
حل ومنه قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وقوله وفي المارن الدية يعني
فيمادون قصبة الانف وهو مالان منه * كل مالا ثاني له في البدن عضوا كان او معنى
مقصودا يجب باتلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هوافراد كالانف واللسان والذكر
ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديي المرأة
والانثيين والرجلين ومنها ماهوا ربع كاشفار العينين ومنها ماهوا عشار كاصابع اليدين
والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاسنان والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس
منفعة على الكمال اوازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية و
قيد المنفعة والجمال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت
عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس او آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل
العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطأ
لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل واما اذا
اتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية لاتلافه كل النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف
من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان
والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فان كان جنس المنفعة او الجمال قائما بعضو
واحد فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائما بعضوين ففي كل واحد منهما نصف
الدية وان كان قائما باربعة اعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائما بعشرة
ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائما باكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية و
كلامه واضح وقوله قيل يقسم الدية على عدد الحروف يعني على جملة الحروف مما تعلق
باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان * قال في النهاية هي الالف والتاء والثاء و
الجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفي

وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف فما لم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية * روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامره ان يقرب ت ث ج فكل ما قرأ حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القول الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر الى اللسان ان تهيأت بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتهيأ فيجب الامتحان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه او بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدقه الجاني او استحلف على البتات ونكل تبت فواتها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار وطريق معرفة السمع ان يتغافل وينادى فان اجاب علم انه يسمع وحكى الناطفي عن ابي حازم القاضي ان امرأة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجاءة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر ان يستقبل الشمس مفتوحة العين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه تلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم ان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان تنفر علم انه لم يذهب شمه وقوله لان كل واحد منها منفعة مقصودة يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس حيث لا تجب الا دية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف فلا يتبع طرفا آخر وبهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون الموت اولى فان في الموت استتباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه كما ذكر في الكتاب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه يفوت به منفعة الجمال قالوا لو حلق رأس انسان او لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور

النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلاشيء على الحالق وقالا فيه حكومة عدل وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله في الاذنين الشاخصين اي المرتفعين وصفهما الدفع ارادة السمع وقوله انه يجب فيها كمال القيمة هو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال والتخريج على الظاهر وهو انه يجب نقصان القيمة وقوله وهو الاصح احتراز عما قال بعض مشائخنا رح يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله ويستوي الخطأ والعمد يعني كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عمدا قيل وصورة حلقها خطأ ان يظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر انه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود اذا كان عمدا فما المانع عنه مع الامكان واجيب بان القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت الا بالنص اودلالته ولا نص في الشعور وليست بمعنى المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات وليس فيه اماتة ذي الروح فلا يجوز الحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قصاصا **قوله** وفي العينين الدية الاصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار جمع شفر بالضم قال المصنف رح يحتمل ان مراده الاهداب مجازا ولعله قال ذلك دفعا لتخطية من خطأ محمدا رح في اطلاق الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافها والشعور التي عليها تسمى الهدب فقال المصنف رح ويحتمل ان مراده الاهداب فيكون مجازا للمجاورة ذكر المحل وارادة الحال ويحتمل ان مراده الحقيقة فان في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال كما ذكر في الكتاب وقوله وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع يعني ان عشر الدية الواجب بازاء كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلث مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه **قوله** الاسنان و

والاسنان والاضراس كلها سواء قال وافيه نظر والصواب ان يقال والاسنان كلها سواء اويقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم الجنس يدخل تحته اثنان وثلثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان اسفل ومنها رباعيات وهي مايلي الثنايا ومنها انياب تلي الرباعيات ومنها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن ستة من كل جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان وتسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت اسنانه كلها كانت عليه دية وثلثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص وقوله لان المتعلق يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة فان قيل لا نسلم ان فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال ايضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية وليس احدهما اولى باستتباعه الآخر فيكون الحصر في غير موقعه اجيب بان الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة واما اذا كان فالجمال تابع الا يرى انه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا ايضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع اولى وقوله لتفويت جنس المنفعة يعني منفعة النسل وقوله لانه فوت جمالا على الكمال وهو استقامة القامة قيل في تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم اي منتصب القامة وهي تزول بالحدوبة والله اعلم بالصواب *

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله ذكر في فصل على حدة
قوله الشجاج عشرة وجه ذلك ان قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما ان يظهر الدم اولا الثاني هو الحارصة والاول اما ان يسيل الدم بعد الاظهار اولا الثاني هو الدامعة والاول ما ان يقطع بعض اللحم اولا الثاني هو الدامية والاول اما ان يكون قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم اولا الثاني هو الباضعة والاول اما ان اظهرت الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم اولا الثاني هو المتلاحمة والاول اما ان يقتصر على الاظهار او يتعدى والاول هو السمحاق والثاني اما ان يكون ينحصر على اظهار العظم اولا والاول هو الموضحة والثاني اما ان يقتصر على كسر العظم اولا والاول هو الهاشمة والثاني اما ان يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله الى الجلدة التي بين العظم والدماغ اولا والاول هو المنقلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجيء في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار ان الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحد منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح وقوله ولان فيما فوق الموضحة يريد ما هو اكثر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمة وقوله فيما قبل الموضحة يريد الستة المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق والمسبار ما يسبر به الجرح اي يقدر وقد رغوره بحديدة او غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الستة المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل واما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة وقوله في الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما يصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه

عليه وماوصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله وهذا الختلاف عبارة لا يعود الى معنى يعني يرجع الى مأخذ الاشتقاق فمحمد رح ذهب الى ان المتلاحمة مشتقة من التحم الشيئان اذا اتصل احدهما بالآخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا ينطع والباضعة بعد ها لانها تقطعه وقوله واما اللحيان يريد به العظم الذي تحت الذقن وقوله وقد يتحقق فيه معنى المواجهة قيل عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة وقوله ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين مثاله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ الفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم ان الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحر ديته قال قاضي خان والفتوى على هذا او قوله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة بيانه ان هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلثة ارباع الموضحة يجب ثلثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي رضي الله عنه فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد *

فصــــل

لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة في اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا من قوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل وقوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة آه وقوله ولا تبع للتبع يعني واذا لم يكن تبعا لا للاصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة

اذلا وجه لاهدارة ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل واجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فانّ اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة وقوله وان قطع الكف من المفصل واضح وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب يعني ان الترجيح من حيث الحقيقة والشرع اما من حيث الحقيقة فهو ان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأي وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى الرأي ضروري ولا ضرورة عند امكان ايجاب الارش المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند ابي حنيفة رح لتقدير الشرع نصا لم يفرق بين ان يكون الباقي من الاصابع واحدا او اكثر لان للاصبع الواحدة ارشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصبع الواحدة وكذلك المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له ارشا مقدرا وما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل يعني سواء قطع عمدا او خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة او لا اما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع اخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس له ابهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة ارش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة واما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم توجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزائدة حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحرز والظن فلا يتيقن ثم وقوله لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعرات معدودة وازالها رجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب فيه حكومة عدل وان كان الشعر جزء من الآدمي بدليل انه لا يحل الانتفاع به واجيب بان

بان ازالة جزء الآدمي انما توجب حكومة عدل اذا بقي من اثره مايشينه كما في قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعرات تزينه لا تشينه فلا توجبها كما لو قص ظفر غيره بغير اذنه وقوله وكذلك السن الشاغية اي الزائدة لما قلنا يريد به قوله لانه جزء من يده فان السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي يخالف نبتها نبت غيرها من الاسنان يقال رجل اشغى وامرأة شغواء فانها وان كانت زائدة فهي نقصان معنى وقوله والظاهر لا يصلح حجة للالزام انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى انه لو اعتق صغيرا لايعلم صحة هذه الاعضاء منه يقينا يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل في قوله ويجزيه رضيع **قوله** ومن شج رجلا فذهب عقله اوشعر رأسه في هذا بيان ان الجزء يدخل في الكل **قوله** فصار كما اذا اوضحه فمات يعني من حيث ان ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم اومن حيث ان العقل ليس في موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما وقوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده **قوله** وجوابه ماذكرناه قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشمل من الاول وقوله قالوا يعني المشائخ هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قال في النهاية ذكر ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رحمه الله وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي ان يذكر محمدا رح مكان ابي يوسف رح كما هو في الايضاح اولايذكر احدا اصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني وهذا الذي ذكره اذا كان خطأ واما اذا كان عمدا يجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر عند ابي حنيفة رح وعندهما يجب القصاص في الشجة

والدية في السمع والبصر وقوله وجه الاول هوان ارش الموضحة لايدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله على مابينا يعني قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله وجه الثاني يعني قوله وعن ابي يوسف رح ان السمع والكلام مبطن قيل يراد به بينه الكلام النفسي بحيث لايرتسم فيها المعاني ولايقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق وبين ذهاب العقل عسيرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر وقوله وقالوا يعني المشائخ اي قال المشائخ ينبغي ان تجب الدية فيهما اي في العينين والارش في الموضحة وقالا في الموضحة القصاص قالوا يعني المشائخ اي قال المشائخ ينبغي ان تجب الدية في العينين وقوله لهما في الخلافية اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه قالا يجب في الموضحة القصاص وفي العينين الدية وله اي لابي حنيفة رح ان الجراحة الاولى سارية والجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية اذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للاولى والقصاص بدون المماثلة ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة اي الثابتة حالة الشج وكذا المحل اي محل الجنايتين واحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فتورث الشبهة في البداية نظرا الى اتحادهما وقوله بخلاف النفسين جواب عن قولهما كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه وتعدى الى غيره فقتله ووجه ذلك انا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثاني حصل من سراية الاولى وههنا ليس كذلك فان السراية انما تكون بتعاقب الآلام وهو انما يتحقق في شخص واحد وقوله وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل عمدا فاضطرب السكين ووقع على اصبع اخرى فقطعها يقتص للاولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ووجهه ان القطع الثاني انما لم يورث الشبهة في القصاص لانه فعل مقصود واما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله لانه ليس فعلا مقصودا الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية ان في قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا وان الصواب ما ذكره في

في الذخيرة انه مقصود ولكن ليس من اثره فانه رجع الضمير الى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر المصنف رح فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثاني الى الثاني وقوله وقالا وزفر رح تركيب غير جائز ولو قال وقالا فيها وزفر رح كان صوابا وقوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا يريد قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه الى آخره وقوله انه يجب القصاص فيهما اي في الشجة وذهاب البصر فرق محمد رح على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فاوجب القصاص فيهما في الاول دون الثاني لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة وقوله بخلاف الخلافية الاخيرة يعني قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى وقوله الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها حتى وجب ارشها مع دية العينين عند ابي حنيفة رح والقصاص في الموضحة والارش في العينين عندهما وقوله فتا كلتا اي صارتا واحدة بالاكل فهو على الروايتين هاتين اي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد رح يعني لا قصاص على المشهورة وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة وعن ابي يوسف رح انه اذا قلع سن بالغ فنبتت مكانها اخرى تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله فنبتت سن الاول يعني بغير اعوجاج وان نبتت معوجا تجب حكومة عدل وقوله ولهذا يستأنى حولا اي يؤجل سنة بالاجماع وقال في اليتيمة حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قاله المصنف رح لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الا ستيناء حولا في فصل

القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأني حولا وهو كما ترى بنا في الاجماع **قوله** فاختلفا قبل السنة اي قال المضروب انما سقط سني بضربك وقال الضارب بسبب آخر وقوله ليكون التأجيل مفيدا يعني ان التأجيل انما كان لتظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله وان اختلفا في ذلك اي في سقوط السن بعد السنة وقوله سنبين الوجهين اي وجه قوله لا شئ على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله يجب الارش يعني كاملا وقوله لما ذكرنا يعني قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى او من الاسنان التي ترى وقالوا يجب ان يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس التي لا ترى فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسود اذ دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشائخ يجب كمال الارش وعند آخرين حكومة العدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الانسان وانما تمكن فيه نوع نقص فتجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لا تكون لون الاسنان بحال فكان مفوتا للجمال على الكمال اذا كانت بادية **قوله** ومن شج رجلان فالتحمت كلامه ظاهر وتعليل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا وقوله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المنافع الى آخره جواب عن قول ابي يوسف رح فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد رح انما تلزمه اجرة الطبيب ووجهه ان تحمل الالم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او شبهته كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شئ في حق الجاني فلا يغرم شيئا وقوله ومن ضرب رجلا يعني اذا ضرب رجلا فجرحه فبرئ منها وبقي اثر الضرب فعليه ارشه وان

وان لم يجرجه فلا شيء عليه بالاتفاق، ان لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى فى الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند ابي حنيفة رح ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف رح ووجوب اجرة الطبيب عند محمد رح وقوله لان الجناية من جنس واحد لكون كل واحد منهما خطأ وقد تقدم اقسام هذه المسئلة وقوله ومن جرح رجلا جراحة واضح وقوله لا نه مال وجب بالقتل ابتداء يعني لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الاب ابنه عمدا كان حكمه قد علم من الظابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي رح وقوله لاسيما الى زيادة يعني المعجل فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف فى المالية وهو معروف فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا لانه تابع للقدر وقوله لما روينا يعني قوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله عمده اي عمد كل واحد منهم وقوله ولهذا تجب الكفارة به اي بالمال وانما قيد به لانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله ويحرم عن الميراث على اصله اي يثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل الشافعي رح لانهما يتعلقان بالقتل فعلم بهذا انهما مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنهما احد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية فى ماله اذ الاصل ذلك *

فصــــــل فى الجنين

عقب احكام الاجزاء الحقيقية احكام الجزء الحكمي هو الجنين لكونه فى حكم الجزء من الام واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء اوله وغرة الجنين اول مقدار ظهر فى باب الدية قال المصنف رح معناه اي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا فى الذكر وفى الانثى عشر دية المرأة وكل منهما

خمسمائة درهم لان نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف والقياس وهو قول زفر رح ان لا يجب شيء لانه لم يعلم حيوته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل الظاهر انه حي او معد للحيوة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان تمكن ووجه الاستحسان ماروي ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر روى الامام المحبوبي ان زفر رح سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد او امة فقال السائل ولم والحال لا يخلو من انه مات بضربه او لم ينفخ فيه الروح فان مات بضربه تجب دية كاملة وان لم ينفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر رح فقال له السائل اعتقتك سائبة فجاء زفر رح الى ابي يوسف رح فسأله عنه فاجابه ابو يوسف رح بمثل ما اجاب زفر رح فحاجه بمثل ما حاجه السائل فقال التعبد اي ثابت بالسنة من غير ان يدرك بالعقل وهذا دليل على ان قول زفر رح هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفا ويحتمل انه رجع من احدهما الى الآخر والحديث المروي دليل واضح على ان الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى ان الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا من حيث اعتبار صفة المالية وقوله اذا كان خمسمائة درهم قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذا كانت خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة وقوله في ماله اي مال الضارب لانه بدل الجزء اي جزء الآدمي فصار كقطع اصبع من اصابعه وقوله دوه اي ادوا ديته امر مخاطب من الودي وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احدهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة

خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله الا ان العواقل جواب عمايقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة كانت اوكثيرة وانتم قيدتم بقولكم اذا كان خمسمائة درهم وقد علمت مايرد عليه من النظر وقوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية اواقل اكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها اواكثر وفي بعضها واكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد اذا كان الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهوانما يكون اذا كان اكثر صفة لاقل او بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك ايضا وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لوكان نصف العشركان الحكم كذلك وقوله بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين صورته ان يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلث سنين على ماسيجيء في المعاقل ان شاء الله تعالى وقوله ويستوي فيه اي في وجوب قدر الغرة فانه عبد او امة قيمته خمسمائة لاطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم وقوله ولان في الحيين دليل معقول على التساوي بين الذكر والانثى واراد بالحيين تثنية الحي الولدين المنفصلين الذكر والانثى ومعناه انما ظهر التفاوت بين الذكر والانثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الآدمية في المالكية فان الذكر مالك مالا ونكاحا والانثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم في الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله فان القته حيا ثم مات اول الاقسام الاربعة العقلية الحاصلة من موت احدهما بعد الضرب وهي ان خروج الجنين من الام اما ان يكون في حال

حيوتهما او في حال مماتهما او في حال حيوٰة الام وممات الجنين او على العكس والاقسام مع احكامها مذكورة في الكتاب وقوله فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لا قياسا ولا دلالة فبقي على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان **قوله** وما يجب في الجنين موروث عنه كلامه واضح وقوله وفي جنين الامة اذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وطريق ذلك ان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشره ان كان انثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكورته وانوثته يوخذ بالمتيقن **قوله** لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان يعني في الاصل الا ترى انه اذا قلع السن فنبتت مكانه اخرى لم يجب شيء وههنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على ان وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية فيقدر بها اي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام وقوله وقال ابو يوسف رح هذا غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف رح قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو الظاهر من قول ابي يوسف رح وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقوله مظروا الى حالتي السبب

السبب والتلف يعني اوجبنا القيمة اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حيوته اعتبارا لحالة التلف لا يقال هذا اعتبار لحالة التلف فقط اذ الواجب في تلك الحال ايضا قيمته حيا الجواز ان لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة وقوله ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب الف درهم وقيمته مضروبا ثمان مائة درهم يجب على الضارب مائتا درهم وقوله على ما نذكر بيانه بعد هذا يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسئلة ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله وقد عرفت في النفوس المطلقة اي الكاملة بالنص فلا تتعديها الى غير المطلقة هو الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة الا ترى انه لم يجب كل البدل والباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح *

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسبيبا والاول اولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه **قوله** ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا الكنيف المستراح * والميزاب معروف * والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه * العرض بالضم الناحية قيل المراد به ههنا ابعد الناس منزلة اي اضعفهم وارذلهم وجملة الكلام في هذه المسئلة في ثلثة اشياء * في اباحة العمل * وفي الخصومة * وفي ضمان ما يتلف به والمبدوء به في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع وفيه خلاف بين العلماء قال ابو حنيفة رح لكل واحد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره فلكل واحد ان ينكر عليه وبه قال ابو يوسف رح وقال محمد رح ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام

واما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول ابي حنيفة رح وقالا ليس لاحد ذلك اما على قول محمد رح فظاهر لانه جعله كالمأذون من الامام فلا يرفعه احد واما ابويوسف رح فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد يد فيه فالذي يحدث يريد ان يجعلها في يد نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت واما وجه قول ابي حنيفة رح فهو المذكور في الكتاب وقوله ويسع للذي عمله بيان الاباحة، وهو ظاهر، وقوله عليه السلام لاضرر ولاضرار في الاسلام اي لا ابتداء ولا جزاء يعني متعديا عن مقدار حقه في الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو ان تضر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا واما اذا كان غير نافذ فقوله وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله لانها مملوكة لهم يعني في الغالب قال فخر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد ينفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله على كل حال اي سواء كانوا متلازقين او لم يكونوا وقوله واذا اشرع في الطريق روشنا وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان وقوله مما ذكرنا في اول الباب يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله فالضمان على الذي احدثه فيهما يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة وقوله وان سقط الميزاب هذه المسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان اصابه الطرف الداخل او الخارج او اصاباه جميعا وعلم بذلك او لم يعلم اي الطرفين اصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله لانه ليس بقاتل حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان الميراث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والالساوي الملك غيره كما في الرمي قيل ان كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن

لم يكن فالقياس عدمه فيها والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف بطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذلك واما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا او خطأ ولم يوجد شئ منهما وقوله اعتبارا للاحوال يعني نعلم بيقين انه قتيل الجراحة ولا نعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلاضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كأنه حصل بالطرفين وقوله ولو اشرع جناحا ظاهر وقيل المشتري ايضا متعد بترك الدفع مع امكانه شرعا واجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة او التسبيب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر من الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لاضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا مسبب واستشكل ايضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم اصاب انسانا فانه لاضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب ان صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواء طريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله ولو حركته اي الجمر قيل فيه تلويح الى ان الريح ان هبت بشررها فاحرقت شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض اصحابنا رح وقوله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح والاول اعني الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلواني رح وقوله وقد افضى اليها اي الى عاقبته وهي الحرق بواسطة الريح وقوله ولو استأجر رب الدار الفعلة الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعلة اخرجوا جناحا على فناء داري فان لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل او بعده فالضمان عليهم ويرجعون على الآمر به قياسا واستحسانا لانه وجب بامره فلهم ان يرجعوا به عليه كما لو استأجر ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الآمر وان قال اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم ان لا حق له في ذلك او لم يخبرهم ففعلوا فسقط

واتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناءه مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واظهارجهة الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهارها قبل الفراغ لان امر الآمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل وقوله لانه صح الاستيجار يعني بالنظر الى ان له ان ينتفع بفناء داره فبالنظر الى هذا كان امره معتبرا ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكأنه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه تقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا امر به وقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك يعني الصب والرش والوضوء وقوله كما في الدار المشتركة يعني ان له يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته وقوله لانه صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله في فناء حانوته قيل الفناء سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله فتعقل اي نشب وتعلق بالبناء وقوله يجب الضمان على الآمر لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجيران الفناء لغير الآمر ولم يعلم وفي الجامع للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب انه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء للغير

للغير فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر **قوله** ومن حفر بئرا في طريق المسلمين كلامه واضح والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البلوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالرأي افتعال من الفوت وهو السبق وقوله وكذا الجواب على هذا التفصيل يعني انه لو فعله بامر من له الولاية في الامر لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر احد ضمنه وقوله مما ذكرناه يعني من اول الباب الى ههنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر وقوله وغيره يعني مالم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع وقوله وكذا ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا امره الامام فحفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفره في ملكه وان لم يأذن له الامام وقوله وكذا اذا حفره في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه وقيل جاز له ذلك اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر بان لا يضر لاحد او اذن له الامام اما اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله وهذا يعني هذا الجواب وهو ان يضمن اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما اي انضاقا بالعقوبة قال في الصحاح يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول ابي حنيفة رح انه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فان الفقه معه الا يرى انه لو حبس رجلا في بئر حتى مات غما فانه لاضمان عليه بخلاف ما لومات فيه من الوقوع لان اثر فعله وهو العمق اثر في نفس الواقع فلا بد من اثر من الوقوع لوجوب الضمان وقوله وان استأجر اجراء فحفروها له في غير فنائه يعني بان كان الفناء للغير او طريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما ان يعلموا انها في غير فنائه اولا فان كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شيء على الاجراء لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا وذلك يكفي لنقل الفعل الى الآمر لانه لو توقف

على صحة الامر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة و بالناس حاجة الى ذلك فنقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر و قوله لانهم كانوا مغرورين دليل قوله ولاشيء على الاجراء وصار هذا الامر في صحته ظاهرا وكون المأمور مغرورا كالامر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير الا ان هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لكونه مباشرا وكون الآمر مسببا و الترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا ينتقل فعلهم اليه وليسوا بمغرورين فينتفي الضمان منهم ببقي الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشراع الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الآمر وههنا لم يضمنوا اصلا والجواب ما اشار اليه المصنف رح في ذبح شاة غيره ان الذابح مباشر والآمر مسبب وقد تقدم ان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها وقوله وان قال لهم هذا فنائي ظاهر وقوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله لانطلاق يده في التصرف الى آخره فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك في التقديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة **قوله** ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام كلامه واضح وقوله لان الاول يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة تعد اما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهر واما بناء القنطرة فلان الباني فوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطير على الانهار العظام من

من حيث تعيين المكان و الضيق و السعة للامام فكان جناية بهذا الاعتبار و الجناية تعد لا محالة وقوله وهذا اللفظ يعني به قوله فعطب به انسان فهو ضامن يشتمل وجهين وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشتمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قول محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين بين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رح نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله فيخرج بالتقييد بما ذكرناه يعني بوصف السلامة وقوله مالا يلبسه عادة يعني مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد رح لعدم عموم البلوى به وقوله للعشيرة يعني اهل المسجد وقوله ضمن يعني اذا فعل ذلك بغير اذن احد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد وقوله كنصب الامام يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف رح قال ابو الليث رح وبه نأخذ الا ان ينصب شخصا والقوم يريدون من هو اصلح منه ويجوز ان يكون المصنف رح اختار قول ابن سلام ان القوم اولى بنصب الامام والمؤذن والباني اولى بالعمارة وقوله وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم ان يكرر الجماعة وقوله قصد القربة لا ينافي الغرامة جواب عن قولهما لان هذه من القرب وقوله كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن اخطأ الطريق فان شرطها ان يكون الشهود اربعة ممن تسمع شهادته فاذا نقصت انقلبت قذفا واستوجب الحد **قوله** وان جلس

فيه رجل منهم فعطب به رجل وان جلس في المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فاما ان كان في الصلوٰة اولم يكن فيها فان كان في الصلوٰة فلاضمان عليه سواء كانت الصلوٰة فرضا اونفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا لايضمن على كل حال ولوكان جالسا لقراءة القرآن او التعليم اي لتعليم الفقه والحديث اوللصلوٰة يعني منتظرا لها اونام فيه في اثناء الصلوٰة اوفي غير الصلوٰة اومر فيه مارا اوقعد فيه لحديث قال المصنف رح فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابوبكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لاضمان فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لان قوله وان كان في غير الصلوٰة ضمن وغير الصلوٰة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلوٰة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولوكان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف رح بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشائخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لايضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف وقوله لهما ان المسجد انمابني للصلوٰة والذكر قال الله تعالى في بيوت أَذِنَ اللّٰهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ وقوله تعالى وانتم عاكفون في المساجد وقوله وله ان المسجد انما بني للصلوٰة لان المسجد موضع السجود الا يرى ان المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضوعه الاصلي دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلوٰة فيه ولادلالة لما ذكرا من الآيتين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات الصلوٰة مسلم لكن لابد من التفرقة بين الموضوع الاصلي وما الحق به والباقي واضح * فصل

فصــــل في الحائط المائل

لما كان الحائط المائل يناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها في فصل على حدة **قوله** اذا مال حائط الى طريق المسلمين اخذ الشافعي رح في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلماؤنا استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروي عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب وقوله وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو للآكلة عند خوف هلاك النفس وقوله تتحملها العاقلة قال محمد رح ان العاقلة لا تتحمل حتى تشهد الشهود على ثلثة اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله والشرط التقدم اليه وهو ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي ان تهدمه فذلك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان او ذميا او صبيا او امرأة ان مال الى طريقهم وواحد من اصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار وسكانها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او اعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلاضمان على احد وقوله والشرط هو التقدم دون الاشهاد حتى لو اعترف صاحبه انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وقوله لان فعل هؤلاء كفعله اي فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي اجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انهما في ترك

الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك النقض بعد التقدم اليه الحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليه اجيب بان في ترك النقض دفع مضرة متحققة وهي مضرة مؤنة النقض وبنائه ثانيا وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز ان لا يسقط وان سقط لا يهلك به شيء فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان وقوله في عنق العبد يعني يباع فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه يفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله لان الاشهاد على المولى من وجه اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهته الا يرى انه لو ادعى انسان حقا في دار بيد مأذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه واما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند ابي حنيفة رح للمولى ان يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر في ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكران فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما مر وقوله ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه يعني لو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب واما جواب القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيئا اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم اليه مفيدا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ والجواب ان الاشهاد على جماعتهم متعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر وهو مدفوع وقوله فعطب لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني لان التفريغ عنه اي القتيل الاول برفعه مفوض الى اوليائه لانهم الذين يتولون

يتولون دفنه وطولب بالفرق بينها وبين ما اذا وقع الجناح على الطريق فتعثر انسان بنقضه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل فمات فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح واجيب بان اشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كأنه القاه بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن القى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يملك تفريغ الطريق منه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعل فاعلا في حق القتيل الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحا وقوله فسقطت يعني الجرة بسقوط الحائط يشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا وغير مائل كذا في المبسوط وقوله فعليه اي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله وله اي لابي حنيفة رح ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعمق المقدر يعني في البئر لان اصل ذلك اي اصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وهو القليل اي ذلك الاصل يعني ان الجزء اليسير ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك الا يرى انه لو اشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فبترك الاشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من اشهد عليه وعلى هذا تخرج مسئلة البئر فيقال لما اجتمع في حقه معنيان احدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة رح ان صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه

ضمان الثلثين وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما مر في عقر الاسد ونهس الحية وجرح الرجل وقوله الآن عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية واذا اضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احدهما واهدر الآخر *

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان قوله لما وطأت الدابة الصحيح لما وطئت الدابة وقيل يجوز ان يكون مفعولا الايطاء محذوفين وتقديره اوطأت الدابة بيدها او رجلها انسانا فيكون من باب فلان يعطي وقوله ما اصابت بدل من قوله لما وطأت الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان والخبط الضرب باليد والصدم هو ان تضرب الشيء بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشيء اذا ضربته بحد حافرها * واعلم ان جناية الدابة لا تخلو من اوجه ثلثة لانها اما ان تكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا او مشتركا متساويا او متفاضلا فاما ان يكون صاحبها معها او لا يكون فان كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة او سائرة وطئت بيدها او رجلها او نفحت او كدمت وان كان الاول فاما ان يكون سائقا لها او قائدا واما ان يكون راكبا عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها اتلفت نفسا او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لاتصال اثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي في ايقاف الدابة او تسييرها في ملكه وان كان الثاني وهي تسير فان وطئت بيدها او رجلها ضمن وان كدمت او نفحت بيدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لان في الوجه

في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له فكأنهما وطئاه جميعا والمباشر ضامن متعديا كان اولم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد * وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان ادخلها صاحبها فيه اولا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقها اوقائدها او راكبها اولا واقفة اوسائرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه وان كانت في طريق المسلمين وقد اوقفها صاحبها فعليه ضمان ما اتلفت في الوجوه كلها لانه بالايقاف مسبب متعد اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما ان يكون صاحبها معها اولم يكن فان لم يكن فاما ان سارت بارساله اوانفلتت فان كان الاول ضمن ما اتلفت مالم يتحول عن جهة الارسال يمنة ويسرة لان ارسالها بلاحافظ سبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان الثاني فلاضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت راكبا كان اوسائقا اوقائدا الا النفحة بالرجل اوالذنب لانه مباشر او مسبب متعد والغرض من هذه الاسباب بيان قول المصنف رح الراكب ضامن لما وطأت الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت انه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لان هذا الجواب ان استقام في قوله ما اصابت بيدها اوبرجلها لايستقيم في قوله او كدمت اوخبطت او صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مر آنفا وذكر الاصل الذي تبتني عليه هذه الفروع فقال والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس اما انه يتصرف في حقه فلان الانسان لابد له من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته فالحجر من ذلك حرج وهو مدفوع واما انه يتصرف في حق غيره فلان غيره فيه كهو في الاحتياج فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا والنظر الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واضحة وقوله والمرتدف فيما ذكرنا

يعني في موجب الجناية كالراكب لان المعنى اي المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالتسيير على ما اراد لايختلف لانها في ايديهما وتحت تصرفهما وقوله ثم هو يعني الايقاف اكثر ضررا بالمارة جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفا في الدابة فيلحق به ووجهه انه اضر منه لما انه اي الايقاف ادوم من السير فلا يلحق به وقوله والسائق ضامن لما فرغ من بيان احكام الراكب بين احكام السائق والقائد وقوله والمراد النفحة اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطيء فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لاحد فيه وقوله واليه مال بعض المشائخ يعني العراقيين وقوله فيمكنه الاحتراز عنه يعني بابعاد الدابة عن المتلف او بابعاده عنها وقوله وقال اكثر المشائخ يريد مشائخ ماوراء النهر وقوله ماذكرناه يعني قوله فلا يمكنه التحرز عنه وقوله وقوله عليه السلام الرجل جبار معطوف على قوله ماذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطيء مضمون بالاجماع وقوله والانتقال جواب عن قول الشافعي رح لان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولايكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وههنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على اصل آخر وهو ان سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحة ومع ذلك لايخلو عن ضعف والجواب القوي ماذكره بقوله والحجة عليه ماذكرناه وهو قوله عليه السلام الرجل جبار واتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله لماذكرنا اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله على ماذكرنا اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وقوله لان كل ذلك سبب الضمان يعني لان كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق لوانفرد عن الركوب اوجب ضمان ما اتلف بالوطيء وكذلك الركوب فلم يجز ان يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لايضمن مع المباشر اذا كان مسببا

مسببا لايعمل في التلف عند انفرادة كالحفر فانه لايوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فانه من مظانه **قوله** واذا اصطدم فارسان فماتا اصطدم فارسان اي ضرب احدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وماذكر زفر والشافعي رحمهما الله وجه القياس وماقلنا وجه الاستحسان وقد روي عن علي رضي الله عنه كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بماذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الى آخره وفيه بحث من وجهين * احدهما ان الخصم ايضا يرجح جانبه بماذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح * والثاني ان ماذكرتم قياس والقياس يصلح حجة ولم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ماذكره منقوض بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله وفيما ذكر جواب عن المسائل المذكورة في جهتهما وذلك لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط ايجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية واما فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة احد له في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ اي وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطأ الدية الكاملة على ماذكره في الكتاب الا انه ذكر الخطأ في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله فيأخذها اي قيمة العبد ورثة المقتول الحر قيل ينبغي ان تسقط عن العاقلة لان الدية اولا تثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ههنا موجب جنايته فلماملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرا

وتسقط عن العاقلة واجيب بان السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى ان المستحق اولا هو الجاني تسقط وبالنظر الى ان الراجع غيره لا تسقط فلا تسقط بالشك والباقي واضح وقوله لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء يعني السرج وسائر الادوات كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شيء فاتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله ومن قاد قطارا القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح **قوله** وان ربط رجل بعيرا الى القطار رجل ربط بعيرا الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القائد اولم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لامكان تحرزه عن ربط الغير فاذا ترك ذلك صار مسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في عبارة المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحبوبي بينهما بانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فانه في الحقيقة على القائد والرابط الا ان العواقل تعقل عنهما واعتبر في الجامع الصغير حاصل الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا لان القائد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكره لظهوره وقوله وانما لا يجب الضمان عليهما ابتداء ظاهر وقوله قالوا يعني ان لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشائخ قالوا هذا اي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار تسير اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القائد بلا رجوع على احد والوجه ما ذكره في الكتاب وقوله ومن ارسل بهيمة يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو ارسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمشي خلفه ولو ارسل طيرا اي بازيا وساقه فاصاب في فوره بان قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه

فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء وقوله انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواه اي سوى طريق اليمنة واليسرة بان كان على الجادة ماء او وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة وقوله وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال وقوله وهذه اي وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف وقوله وبخلاف معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمها مخالف لحكم اصل المسئلة ويبين به الفرق بين الارسالين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين وقوله على فوره اي فور الارسال وهو ان لا يميل يمينا وشمالا وقوله لما مر اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله قال محمد رح هي المنفلتة اي العجماء التي اهدر النبي عليه السلام فعلها هي المنفلتة لا التي ارسلت فان افسادها اذا كان في فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسيره احترازا عن الاجراء على عمومه وقوله من الارسال واخواته يعني السوق والقود والركوب * قال في النهاية كان من حق الكلام ان يقول من الارسال وامثاله او يقول من الارسال واخواتها تأنيثا وبل الكلمة اذ السوق والقود لما كان اختا لا اخا للارسال كان الارسال اختا ايضا والا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اخا وبعضها اختا من غير دليل وليس بشيء لانه ليس ههنا مؤنث معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك **قوله** شاة لقصاب ففقئت عينها الجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهي تؤنث وانما قال وجزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليتبين ان البقر والابل وان اعد للحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما بل سواء كانا معدين للحم وللحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي رح فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب ذلك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل

يجوز ان يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به وقوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقأ العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزمه نقصان المالية وقوله ولانه انما يمكن اقامة العمل بها دليل آخر وهو ايضا واضح لكن الاعتماد على الاول الا يرى ان العينين لا تضمنان بنصف القيمة كذا قال فخر الاسلام وانما قال ذلك لان المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله او نخسها يعني بغير اذن الراكب والنخس هو الطعن ومنه نخاس الدواب دلالها فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه فان لم يختص به فلا اقل من الشركة فالجواب ان القياس يترك بالاثر وفيه اثر عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقد اشار المصنف رح ايضا الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لان الوثبة المهلكة انما كانت منها فكان مضطرا في حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل على ذلك ملجئ فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فعلت الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل فما بال النفحة اوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق ايضا عند اكثر المشائخ وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجبه على السائق اذا كان بالاذن وهنا بلا اذن حتى لو نخس وهو مأذون كان سائقا وامكان التحرز انما يعتبر في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر وقوله ولان الناخس متعد في تسبيبه دليل آخر وفيه نظر لان

لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغني عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذ اتلف بالوطئ لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفخ بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا مسببين وترجح الناخس في التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه فاعتبرناه موجبا في التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسبيبه وليس بشيئ فتأمل وقوله والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتنصف الضمان هناك على ما قلتهما وقوله والثاني ان الوطئ مضاف الى الناخس لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئه الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رح وقوله مضاف اليهما اي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليها اي الى النخسة وقوله ولا يتناوله من حيث انه اتلاف لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله يقتصر عليه اي على الناخس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف وقوله والركوب وان كان علة جواب سوال تقريره الراكب صاحب علة للوطئ على معنى انه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطئ والاضافة الى العلة اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة للوطئ ولكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ فكان الوطئ ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وصار كما اذا امر صبيا يستمسك انما قيد بذلك

لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على احد اما على الصبي فلان مثله بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف سيرها الى احد كانت منفلتة وفعله جبار وقوله والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدى والباقي ظاهر الى آخره *

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبته من رتبته لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم ملاك **قوله** واذا جنى العبد جناية خطأ اعلم ان التقييد بالخطأ ههنا يفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبيد والعبيد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه يعني بعد الاستيناء فانه لا يقضي على المولى بشيء في ذلك حتى يبرأ المجني عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه يستأني في جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها فالقضاء قبل الاستيناء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء وقوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما رضي الله عنهم وروي عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم جزاء

جزاء جنايتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقوله فيجب في ذمته اي
في ذمة العبد كما في الدين فان الدين في ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته تباع فيه الا ان يقضي
المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكما في الجناية على المال وفي بعض النسخ كما في الذمي
يعني اذا قتل الذمي رجلا خطأ تجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف المال
وقوله بعد هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة وقوله ولنا ان الاصل الى آخره
ظاهر وفيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى
وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناه على اصل ونحن على اصل فمن اين تقوم
لاحدنا حجة على الآخر ويمكن ان يقال الشافعي رح جعل وجوب موجب جنايته في ذمته
كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله
بلا اصل فبطل وقد بين المصنف رح ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم
فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل
لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل
ابطاله ليس بمقيس على اصل يبطل بابداء الفارق على ان قوله ان الاصل في موجب
الجناية ان يجب على المتلف يبطل ايضا بقولنا الاصل ذلك في موجب جناية العمد او
الخطأ والاول مسلم ولا يفيده اذ الكلام في الخطأ والثاني عين النزاع وقوله لانه هو
الجاني غير مفيد لانه يحتاج ان يقول والاصل في الجاني ان يكون موجب جنايته على
نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب وقوله الا انه يخير استثناء من قوله والمولى
عاقلته جوابا عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك
ما ذكره في الكتاب وتحقيقه ان الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة
ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد فاظهرناه
فيه باثبات الخيار وقوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع جواب عما يقال لو وجب الجناية

في ذمة المولى حتى يجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان العقل لا يسقط عن عاقلته ووجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك ان ينقل الى القيمة ولهذا اي ولكون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل وقوله في الصحيح احتراز عن رواية اخرى ذكرها التمرتاشي ان الفداء هو الاصل ولكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الاسرار ان بعض مشائخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله ان الواجب هو العبد وقوله بخلاف موت الجاني الحر جواب عما يذكرههنا مستشهدا به كما ذكرناه آنفا ووجهه ان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر في انها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد **قوله** فان دفعه ملكه ولي الجناية فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه وان فداه فداه بارش الجناية وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر والتأجيل في الاعيان باطل لان التأجيل شرع للتحصيل ترفيها وتحصيل الحاصل باطل واما الفداء فلانه لما جعل بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه قيل كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم الا يرى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدا في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك واجيب بان الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس او العضو اشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما

كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فيرجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال موافقةً بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف رح مايشعر به * ويجوزان يقال الاصل ان لايفارق الفرع الاصل الابامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لاتتغير الابامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك وهوان القصاص غيرصالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيمانحن فيه ليس امرضروري يمنعه من الحلول الذي هوحكم اصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتضرر بوجوبه حالافهوضرورة لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضي وقوله على مابيناه اشارة الى قوله غيران الواجب الاصلي هوالدفع الى آخره وان مات اي العبد الجاني بعدما اختار المولى الفداء قولا اوفعلا لم يبرأ بموت العبد من الفداء وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فان الحانث مخير وان عين احدهما قولا لم يتعين وههنا قد تعين واجيب بان حقوق العباد اوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولا وفعلا واما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فيتعين الواجب به وقوله لان تعلق الاولى اي الجناية الاولى برقبته لايمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لومات بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن او بعده لايتعلق سائرالديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب بان في الرهن ايفاء واستيفاء حكما فكان المرتهن قداستوفاه فلايتعلق به غيره وليس في الجناية كذلك وقوله على قدرارش جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلابد من ان يقسم على قدرالعوض وقوله لماذكرنا يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لايمنع تعلق الثانية وقوله وعلى هذا حكم الشجات يعني لوشج رجلا موضحة وآخرهاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب الموضحة

سدس العبد لان له خمسمائة والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا والى صاحب المقلة نصفه لان له الفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا وقوله وهي الجنايات المختلفة يعني فجاز ان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم وقوله والحق يجب للمقتول جواب عما يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب ان يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه انا لانسلم ان المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الى آخره لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وللميت حكما فقط لانه ليس من اهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت اصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى **قوله** فان اعتقه المولى وهو لايعلم بالجناية الاصل في جنس هذه المسائل ان المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارا للفداء واذا كان لم يعلم بالجناية لم يكن مختارا للفداء لكن يضمن الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية وعلى هذا تخرج الفروع المذكورة في الكتاب وقوله وعلى هذين الوجهين يعني قبل العلم وبعده وقوله بخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه او افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي او عارية او اجارة او رهن لايصير مختارا للفداء لما ذكر في الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها اخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقمها خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا للفداء مع تمكنه من الدفع وقوله والحقه الكرخي بالبيع واخواته في صيرورته مختارا لما ذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة من الاصول وقوله واطلاق الجواب يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها الى آخره وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس وما دونها وقوله وكذا المعنى لايختلف لان كل واحد مال وقوله لانه يزيل الملك لاخلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس بمحتاج اليه ههنا وقوله بخلاف ما اذا كان

كان الخيار للبائع ونقضه و بخلاف العرض على البيع يعني لا يصير مختارا بهما لان الملك ما زال قيل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه او بالعرض على البيع مختارا للفداء واجيب بان ثم ضرورة لم تتحقق ههنا وهي انه لو لم يجعل مجيزا وفاسخا هناك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية واما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع انه تصرف في ملك الغير فافترقا وقوله بخلاف الكتابة الفاسدة بان كاتب المسلم عبده الجاني على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفداء لان موجبه يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله فيما ذكرناه قيل يعني في اختياره الفداء وقيل في العلم بالجناية وعدمه وقوله ولو ضربه فنقصه يعني بان اثر فيه حتى صار مهزولا وقلت قيمته ببقاء اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزء منه واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش الا ان يرضى ولي الدم ان يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا صار كأن النقصان حصل بآفة سماوية وقوله وكذا اذا كانت بكرا فوطئها يعني يصير مختارا للفداء وان لم يكن الوطئ معلقا لما قلنا انه حبس جزء منه وقوله بخلاف التزويج يعني لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل المص رح بقوله لانه عيب من حيث الحكم وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو اقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكميا لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى رح حيث قال التزويج تعييب وبالتعييب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على بدنها وعيبها وذلك لان التعييب الحقيقي يثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزء منها واما الحكمي فليس كذلك وقوله وبخلاف وطئ الثيب فان به لا يصير المولى مختارا

للفداء مالم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف رح ان مطلق الوطئ يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطئ دليلا على امساك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطئ هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا اجيب بانه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطئ حراما لانه اذا اختار العقد بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها فيتبين ان الوطئ حصل في غير ملكه فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيئ من زوائدها فلا يتبين ان الوطئ كان في غير ملكه وقوله بخلاف الاستخدام يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء وقوله في الاظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا في الاجارة والرهن لانه اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله وكذا بالاذن في التجارة يعني لا يكون به مختارا لانه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعونه وولي الجناية اذا دفع اليه فله ان يمتنع من قبوله **قوله** ومن قال لعبده ان قتلت فلانا ومن علق عتق عبده بجناية توجب الدية مثل ان يقول ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافا لزفر رح لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم ليس شيئ منهما بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا واستشهد بالمسئلة المذكورة

المذكورة في الكتاب قوله ولنا ظاهر وقوله ولانه حرضه دليل آخر ومعناه ان المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل والرمي والشج بتعليق اقوى الدواعي اليه اي الى الشرط وهو الحرية والظاهر انه يفعله رغبة منه في الحرية وهذا دلالة الاختيار وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل ان يقول لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بها اقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئا قوله ووجه ذلك يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشائخ ان الموجب الاصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد فاذا سرى تبين ان المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فدان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لان الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك بمقتضى الاقدام على الاعتاق ويجعل المولى ايضا كذلك دلالة لانه لما رضي بكون العبد عوضا على القليل كان بكونه عوضا عن الكثير ارضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضي موجود ولهذا لو نص على ذلك ورضي به المولى صح فتبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء

والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وقوله وذكر في بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام رح وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اي نسخ كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ماذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله الى آخر ما ذكرنا يعني وان لم يعتقه رده الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو وقوله وهذا الوضع يرد اشكالا قيل اي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح متضمن للعفو لانه ينبيء عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثم ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع اي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد اشكالا فيما اذا عفى عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب واختلف المشائخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذكر ههنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تجب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا وتبطل به الجناية كذلك لان العفو عنها يبطلها فبعد ذلك وان بطل العفو بالسراية حكما بقي موجودا حقيقة وذلك كاف لمنع القصاص اما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم يمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده آه وقوله فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة

وقيمة لولي الجناية يعني اذا كانت القيمة اقل من الارش وقوله اتلف حقين واضح وقوله ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه ان الجمع بينهما ممكن ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما به * والاصل ان العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع بيع في دين الغرماء فان فضل شيء كان لاصحاب الجناية وانما بدأنا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومتى بدأنا ببيعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لانه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا اجيب بانها اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين فان للناس في الاعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجبها صيرورته جزاء فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لاوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة وقد مر وقوله بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي واضح وقوله فلا يظهر في مقابلته الحق يعني حق الدفع لانه دونه اي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا **قوله** واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فرق بين ولادة الامة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها في ان الولد يباع معها في الاولى دون الثانية بان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا عن التصرف في رقبتها ببيع او هبة او غيرهما فكانت

من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسري الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن واما موجب الجناية فالدفع او الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او استخدام وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي الحسي وهو الدفع فلا يسري الى الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند الدفع وقوله والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية بناء على ان الوصف الحقيقي في محل لا يمكن ان ينتقل الى غيره واما الوصف الشرعي فهو امر اعتباري يتحول بتحوله واعترض بوجهين * احدهما لانسلم ان دين الامة في ذمتها فان المولى ان اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون انسان فانه لا يضمن دينه * والثاني ان ماذكرتم لو كان صحيحا لما سرى اثر الدفع الى ارش امة استحقه بجناية جنى بها عليها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لما ان ولدها جزءها وارشها ليس كذلك فلما لم يسر الى جزئها لكونه اثر فعل حقيقي كان اولى ان لا يسري الى ما ليس بجزء منها واجيب من الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى والالوجب عليه ايفاء الديون لا ضمان قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف هناك لاقى محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقض فان قلت اذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني بان الارش بدل جزء متصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الاجزاء بعوض قام العوض مقامه كما لو قتلت واخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولي الجناية اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلا عن جزء **قوله** واذا كان العبد لرجل صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وفي

وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله وابرأ العبد يعني من كل الدية لامن قسطه فيها وابرأ المولى لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى يصير به مختارا للفداء ان علم بذلك او مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على اخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشيء ولا على العاقلة الا بحجة وقوله واذا اعتق العبد يعني اذا اعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر بل قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لانه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذا الكلام في عبد معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء واعترض بان العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي ان يكون القول قوله واجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود اصل الاقرار وههنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبده اعتقتك قبل ان تخلق اواخلق وقوله كان القول قوله يعني مع يمينه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه منكر للضمان **قوله** ومن اعتق جارية ثم قال لها هذه المسئلة ايضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله الا الجماع والغلة ان يقول لها جامعتك وانت امتي او اخذت منك غلة عملك وانت امتي وقالت بل كان بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يضمن الاشيئا قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان اقر باخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناها محمد رح على الاصل المذكور واجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بانه اقر بيده اي بيد المأخوذ منه حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطىء والغلة لان وطيء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت

مديونة لايجب الضمان عليه فحصل فيهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما فانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت يريد بذلك براءته من ضمان العين قصاصا وارشا وقال المقرله لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على ان جنس العضو المتلف اذا كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف يسقط القصاص بناء على اصل اصحابنا رحمهم الله ان موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول الى المال فقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقأ العين والتقرير لا قصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور واجيب بان المراد فقأ ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار وقوله وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم وانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد رح انه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فكان قد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بالحجة والله تعالى اعلم والحاصل ان هذه المسائل على ثلثة اوجه * في وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا اخذ الغلة او وطئها * وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا اقر المولى انه اخذ منها مالا وهو قائم في يده * وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها وقد اتفقوا على اصلين * احدهما ان الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقربه * والآخر ان من اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول مخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني مخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد رح على الاول وهما على الثاني وقوله واذا امر العبد المحجور على

على الوجه الذي ذكره ظاهر وقوله على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي لا ضرورة في اعطاء الزيادة لانه يتخلص من عهدة الضمان باعطاء الاقل من الفداء وقيمة العبد لانه انما تلف بامره ما هو الاقل منهما **قوله** واذا قتل العبد رجلين عمدا كلامه واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رح واصل هذا ما اتفقوا عليه ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوهما كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي ان فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه واجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة ثلثة ارباع العبد المدفوع لوليي الخطأ وربعه للساكت من وليي العمد لان حق وليي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق وليي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة وبقي النصف الآخر واستوت منازعة وليي الخطأ والساكت من وليي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة رح ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق وليي الخطأ في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلثة آلاف درهم الفان لرجل والف لآخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها

لصاحب الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء و قوله واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فسره المصنف رح بقوله اي قريبا لهما قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل ان يراد به معتق لهما اعتقاه فعفا احدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند ابي حنيفة رح ق لا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك الى شريكك او افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد رح مع ابي حنيفة رح والاشهر انه مع ابي يوسف رح قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان حق كل واحد من المولين في نصف القصاص شائعا لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقي على اصل الحرية والمولى من دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رح ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع

فصل

لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة

عشرة آلاف درهم او اكثر قضي له بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضي لها بخمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وقال ابو يوسف رح آخرا وهو قول الشافعي رح تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة اما انه بدل المالية فلانه يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا ان بقي العين او بدلا ان هلكت وصار كقليل القيمة وكالغصب واما ان بدل المالية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح لجانب المالية على الآدمية لان المماثلة واجب الرعاية والرعاية في ذلك اكثر لان المال وان كثر لا يماثل النفس ويماثل المال ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ اِلَى اَهْلِه ووجه الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية اصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم ان الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب بان الجمع انما يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه من الاجماع وقوله وضمان الغصب جواب من قولهما وكالغصب وقوله وبقاء العقد جواب من قولهما ولو قتل العبد المبيع وقوله وفي قليل القيمة جواب من قولهما وصار كقليل القيمة وقوله باثر عبد الله ابن مسعود رضي الله تعالى عنه ووقع في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول اصح لموافقته لاكثر النسخ واعترض بان اثر ابن مسعود رضي الله تعالى عنه معارض بما روي

ان عمر وعليا وابن عمر رضي الله عنهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت واجيب بان المروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه ارجح لان فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدي اليه العقل وليس فيما روي عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته ما بلغت فكان محمولا على انهم قالوا بالرأي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا رح قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة وقوله لان القيمة في العبد كالدية في الحر يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية اذ هو اي القيمة بدل الدم على ما قررنا اشارة الى قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله وقوله وان غصب امة ظاهر **قوله** ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى صورة المسئلة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب وقوله في الوجه الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله لاشتباه من له الحق يعني المستوفي وجهالته تمنع القصاص وقوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقيل اي في وجوبه على وجه يستوفى لا على اصل الوجوب لانه لا فائدة الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقال اي في تعذر الاستيفاء وقيل اي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فتعذر الاستيفاء وقوله واجتماعهما لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال سلمنا ان من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه ان اجتماعهما لا يزيله لان الملكين في الحالين فان الملك للمولى وقت الجرح دون

دون الموت وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لآخر فان كل واحد منهما لم يتفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فاتت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه وقوله على اعتبار احدى الحالتين وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله فيما يحتاط فيه يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك علي الف درهم من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع البذل والاباحة فيها فلا يبالي باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطي وهو مما لا يثبت بالشبهات او يفسر بالذي لا يجري فيه البذل وهو راجع الى الاول وقوله ولان الاعتاق قاطع للسراية دليل آخر وذلك لان بالاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رح لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سماوية فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين ان الجناية قتل لا قطع ولهما انا تيقنا بثبوت ولاية الاستيفاء في العمد للمولى فيستوفيه لان المقضي له هو المولى

معلوم والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل
الاول يعني ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق لان المقضي له
مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة فلا معتبر
باختلاف السبب ههنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى في العمد
لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة
يعني المستشهد بها بقوله كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية الى آخره فان الحكم فيها مختلف
لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين
قد لا يثبته وان اثبته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب وقوله والاعتاق لا يقطع السراية
جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية ومعناه الاعتاق قاطع السراية في صورة الخطا دون
العمد وذلك لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطا لان العبد لا يصلح
مالكا للمال فيكون الحق حالة الجرح المولى لكونه قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت
يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص
والعبد مبني على اصل الحرية فيه فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذ الغرض
انه لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق والحاصل من هذا كله ان صور من قطع يد عبد غيره
فاعتقه المولى ثم مات لا تزيد على اربع لانه اما ان قطع عمدا او خطأ فان كان الاول فاما ان يكون
للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص
لجهالة المقضي له والمقضي به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد رح * وان كان الثاني
فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث او لم يكن فلا تجب القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة
بالقطع والباقي ظاهر **قوله** ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا اذا قال لعبديه احدكما حر ثم شجا
فاوقع العتق على احدهما اي بين ذلك المبهم بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع ليدل به على
ان العتق لم ينزل على احدهما في حق الارش معينا وان كان ظهر وقوع العتق على احدهما في بعض

بعض الصور كما في الموت والقتل فانه اذا قال احدكما حر فمات احدهما او قتل تعين العتق في الآخر فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد لا قيمة عبدين ولا دية حرين والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم في احدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف في اصول الفقه ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات احدهما فبين العتق فيه لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه اذ المرء لا يجبر على انشاء العتق والعبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال فيقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس احدهما اولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما * وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة * وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق العين كأنه غير نازل وانما هو نازل في المنكر ولا يتعين ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى او لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق في حق المولى ثابت في احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين

وان لم يدرايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ماذكره المصنف رح فيما اذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا او اثنين وقوله ولان القياس معطوف على قوله والفرق ان البيان انشاء ووجهه ان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة العتق من اهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم بطريق البيان بتعيين المبهم في احدهما بعينه فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس لانها محل العتق دون الاطراف لانه ان حلها حل تبعا فبقي العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل القياس **قوله** ومن فقأ عيني مملوك هذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي رح كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر او مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانها اولى باعتبار المالية فيها لانها يسلك بها مسلك الاموال واذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات فكان اتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يقدر بقيمة الكل واذا تقدر بالكل فيقتضي تملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي رح شرع في الاستدلال لبعض اصحابنا فقال وله اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على

على الوجه الذي ذكرناه وهو قوله وقالا ان شاء امسك العبد الى آخره و بين الملازمة بقوله كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا يرى ان عبدا الى آخره وهو واضح وقوله ثم من احكام الاولى اي الآدمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف بل يكون بازاء الفائت لا غير كما في فقأ عيني الحر ولا يتملك الجثة وقوله ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم اي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة كما في تخريق الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم يعني بالنظر الى الآدمية ينبغي ان لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء الفائت لا غير وبالنظر الى المالية ليس له ان يأخذ كل بدل العين مع امساك الجثة كما انه ليس له ذلك في المال وفيما قالا الغاء لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المخروق وفيما قال الشافعي رح الغاء لجانب المالية اصلا حيث جعله كحر فقيء عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء امسكه ولا شيء له نظرا الى الآدمية والله تعالى اعلم *

فصــــل في جناية المدبر وام الولد

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة والانحطاط في اسم المملوكية اوجبا تأخير ذكرها عن ذكر المدبر قوله واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى جناية المدبر على سيده في مائة دون

عاقلته حالة لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة فكان حكمه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكره عليه احد فحل محل الاجماع ولا نه صار ما نعا من تسليمه كما ذكره في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة وقوله ولا يخير بين الاقل والاكثر واضح وقوله ويتضاربون بالحصص فيها اي في القيمة ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه قال في النهاية ومن صورته ما ذكره في المبسوط قال واذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته الف درهم ثم زادت قيمته الى الفين ثم قتل آخر خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف من هذين الالفين لولي القتيل الاوسط خاصة لان ولي الاولى انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم فلا حق له في الالف الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط لانه لا حق في هذه الخمسمائة لولي القتيل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة آلاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله فلا شيء عليه اي على المولى لانه ما لزمه اكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار اي فولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء على المولى لانه ليس

ليس بجان في الدفع لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء لانه فعل بنفسه عين ما يامره القاضي به لو رفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة رح ان كل واحد من الدافع والقابض جان اما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعا واما القابض وهو ولي الجناية الاولى فيقبض حق ولي الجناية الثانية ظلما والرجوع على الجاني جائز فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت الثانية كالمقارنة للاولى في حق التضمين لابطاله اي لابطال المولى ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق اولياء الجنايتين سواء فيجعل كأن الدفع بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع الى احدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ههنا وقوله عملا بالشبهين يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع * وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتأخر وقوله واذا اعتق المولى المدبر الى آخره واضح *

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به **قوله** ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد ان قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما بان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك

بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لايكون مستردا وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب من الضمان واعترض الامام قاضي خان رح بان هذا يخالف ما هنا ان الغصب لايقطع السراية مالم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضى لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب اما قبله فلا قال نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناياته الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فيتقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا فلا يصلح لا معارضا ولا مرجحا وقوله واذا غصب العبد المحجور عليه واضح وقوله مؤاخذ بافعاله يعني في حال رقه واما في اقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله ومن غصب مدبرا واضح وقوله من غير ان يصير مختارا للفداء لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله فيصير ظاهر وقوله وصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب اي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فرده الى المولى فجنى جناية فدفع الى ولي الجنايتين كان للمولى ان يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله ويدفعه

ويدفعه اي النصف المأخوذ من الغاصب الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك اي بالمدفوع الى ولي الجناية على الغاصب وهذا اي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني عند ابيحنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم له اي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم من جهته لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص حقه لمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فاز فيأخذه تماما لحقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب واعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع **قوله** وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد رح بينها وبين المسئلة المتقدمة انه متى دفع النصف المقبوض من الغاصب الى ولي الجناية الاولى لم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولي الجناية الثانية دون الاولى لان الثانية هي الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن بدلا عما دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل وقوله ثم وضع يعني ان محمدا رحمه الله وضع في الجامع الصغير هذه المسئلة في العبد بعد ما وضعه في المدبر وكلامه فيه واضح وقوله ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية كذلك وقوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف يعني قال بعض المشائخ

في هذه المسئلة خلاف محمد ايضا كما في المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولي الجناية الاولى ما بقي من حقه وبين على الاتفاق ويأخذ ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب قبل وهذا هو الصحيح لان محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا ذكره فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب لكن قوله اما في هذه المسئلة فيمكن الى آخره فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه وقوله ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وكون ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه واضح خلا انه يرد على وجه الاستحسان انه اذا غصب مكاتبا ونقله الى هذه الاماكن فهلك فانه لا ضمان والتعدي في التسبيب موجود واجيب بان المكاتب في يد نفسه وان كان صغيرا لانه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحر الكبير في يد نفسه فكذا المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شيء من ذلك اجيب بان حكمه ان ينظر ان كان النافل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيجب الضمان على الغاصب وان لم يقيده عن حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه **قوله** واذا اودع صبي عبدا فقتله كلامه واضح وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بامر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة

ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف رح يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تقسيم حسن وقوله وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق يساعده فيه فخر الاسلام حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا واما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا وقوله وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع يعني انه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من اتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه وقوله في يد مانعة اي من الايداع والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعة عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه اوقع ماله في يد تمنع يد غيره عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته وفي قوله لانه لا ولاية له على الصبي نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام نفسه والا لانسد باب الوديعة ويمكن ان يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف لضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظه لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكأنه قال اقامة غيره مقام نفسه مستلزمة اما ولاية المقيم على من اقامه مقامه كما في هذه الصورة او ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع ولم يوجد شيء من ذلك في ايداع الصبي الاجنبي قوله لان عصمته لحقه اي لحق العبد يعني لا باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس

للمولى ولاية استهلاك عبده فلايجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك ان يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اودع الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست كذلك وانما لا يملك خنقها من حيث انه تضييع فكان كالتسبيب وقوله لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره يعني ان المالك بالايداع عند الصبي انما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره فماله معصوم في حق غيره كما كان *

باب القسامة

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال يؤل الى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما ذكرناه * وركنها اجراء اليمين المذكورة على لسانه * وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين * وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى الولي العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطأ ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما سيأتي قوله بتخيرهم الولي اي يختار من القوم من يحلفهم وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز انه باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلنا وقوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه اي مذهب الشافعي رح مذهبنا

كمذهبنا فبرانه لا يكرر اليمين وقوله ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر يعني كما في سائر الدعاوي فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فيكون اليمين حجة له ونقية كلامه واضحة وقوله لانه يمين وليس بشهادة يحترز به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لما ان اللعان شهادة والاعمى والمحدود في القذف ليسا من اهل ادائها وقوله واذا حلفوا قضى على اهل المحلة اي عاقلة اهل المحلة بالدية في ثلث سنين وقوله تبرئكم اليهود بايمانها قصته ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجد واعبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر يتشحط في دمه فجاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة او محيصة وهو الاكبر منهما واخبره بذلك قال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال عليه السلام تبرئكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ماحلفوا عليه قال عليه السلام اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على امر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة واستدل الشافعي رح بقوله تبرئكم اليهود بايمانها على انه لا دية بعد الحلف والا لما كان ثم براءة ووادعة قبيلة من همدان وقوله يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب اي كتاب القدوري اشار به الى ما ذكره بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الى آخره وهكذا الجواب في المبسوط يعني اوجب القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه وقوله على اختلاف مضى في كتاب الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله حيث قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع الى آخره **قوله** وان لم يكمل اهل المحلة خمسين وافى اليه اي اتى اليه واهل اللغة يقولون وافاه ولم يذكر الانف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الفم مطلقا وقد قيل انما صعد من جوفه الى فيه واما ذا نزل من راسه الى

فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر وقوله ولانا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان وفي بعض النسخ يتكرر وذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لايجوز فان قيل ينبغي ان تجب القسامة اذا وجد الرأس لانه يعبر به عن جميع البدن اجيب بان ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة ولانه لو وجبت به لوجبت بالبدن بالطريق الاولى فلزم التكرار * وقيل كان ينبغي ان يقول يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية تستلزم ان يكون اكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا وقوله والمعنى ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور بعده **قوله** لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها واجيب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السوال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى والصواب ان يقال الظاهر ههنا ايضا اعتبر دافعا لما يدعي القاتل عدم حيوته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله عليه السلام اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه **قوله** واذا وجد القتيل على دابة

دابة يسوقها رجل اذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون اهل المحلة سواء كان مالكها او لم يكن وكذا اذا كان قائدها او راكبها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيل في الدار فان الدية هناك على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا سكانا او لم يكونوا وهناك على الملاك لا على السكان واجيب اولا بانا لا نسلم ان الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول الناس انها للراكب واما اذا كان لها مالك معروف فانها تجب عليه وثانيا وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب ان القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف او لم يكن والفرق ان العبرة في هذا الباب للراي والتصرف والتدبير وذلك في الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة واما في الدابة فالتصرف والراي والتدبير الى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالاجارة وبالانفلات فيكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله وادعة وارحب هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر وقوله ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله وهو قول محمد رح يشير الى ان محمدا رحمه الله ليس في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هذا الاختلاف فقال وقول محمد رح مضطرب وقال ابو يوسف رح يعني آخرا وكان قوله اولا كقولهما وما بعده ظاهر وقوله وهو على اهل الخطة دون المشترين الخطة المكان المختط لبناء دار وغيرها من العمارات ومعناه على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه يخط خطا للتمييز انصبائهم والضمير راجع الى المذكور وهو وجوب القسامة والدية اي القسامة على اهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله وقيل ان ابا حنيفة رح بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة يعني من ان اصحاب

الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك *
ويجوز ان يكون فيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد
قتيل في دار بين مشتر وذي خطة فانهما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي
المحلة فرقا فاوجبا القسامة على اهل الخطة دون المشترين مع ان كل واحد منهما
لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك ان في العرف ان المشترين
قلما يزاحمون اصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك
فان في عمارة ما استرم من الدار واجارتها واعارتها هما متساويان فكذلك في القيام بحفظ
الدار وقوله لما بينا اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله ولانه اصيل والمشتري
دخيل وقوله لان الولاية انتقلت اليهم يعني على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
او خلصت لهم على قول ابي يوسف رحمه الله وقوله لزوال من يتقدمهم يرجع
الى قوله انتقلت اليهم وقوله او يزاحمهم يرجع الى قوله او خلصت لهم وقوله واذا
وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان
ففي احديهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى
من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا
فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكي
عن الكرخي انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة
على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا
حضورا كذا في الذخيرة والمذكور في الكتاب يدل على انها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا
ويوافقه رواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر **قوله** ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى
وجد فيها قتيل اجمعوا على ان وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه
ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال ابو حنيفة رح ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقالا ولاية

ولاية الحفظ مستفادة بالملك فاذا وجد في دار وقع الخلاف وان كان لاحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عندهما اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعنده اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فله ان يكون المبيع بالخيار فيه او لا فان كان الاول فهو اي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى عاقلة الذي تصير له ودليلهما واضح وقوله ولهذا اي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل ابي حنيفة رح واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه قال ان القدرة على الحفظ باليد اطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل في اليد ما كان اصالة ويد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قيل ما الفرق لابي حنيفة رح بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الاولى والجواب ان صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة يعني اذا انكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها وديعة اومستعارة اومستأجرة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده ولا يختلج في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة رح لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح وقوله واللفظ اي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشتمل اربابها اي ملاكها وغير ملاكها وقوله هذا اي الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روي عن ابي يوسف رح ان السكان يدخلون في القسامة مع الملاك ظاهر واما على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر **قوله** وان وجد

في مسجد محلة كلامه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فعند ابي يوسف رح يجب على السكان اي سواء كان السكان ملاكا او غير ملاك وقوله كالشوارع العامة التي بنيت فيها على بيت المال قال في النهاية وانما اراد به ان يكون نائيا عن المحال اما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا في السوق النائي اذا كان فيها من يسكنها في الليالي اوكان لاحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله وقد بيناه يعني في مسئلة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل وقوله وان وجد في وسط الفرات يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث اومكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال وقوله على التفسير الذي تقدم اراد به قوله قبل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت وقوله لم تسقط القسامة عنهم يعني والدية على عواقلهم وقوله وقد ذكرناه يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه الى آخره وقوله وقد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وقوله فاجلوا عن قتيل اي انكشفوا عنه وانفرجوا وقوله لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر يجيئان مقحمين كما في قوله عليه السلام لاصدقة الا عن ظهر غني اي صادرة عن غني فان قيل الظاهر ان قاتله من غير اهل المحلة وانه من خصمائه اجيب بانه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم وقوله لان بمجرد الدعوى لا يثبت

لا يثبت الحق اي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه اي في اوائل باب القسامة وهو قوله عليه السلام لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر لا يقال الظاهر انهم قتلوه لما علمت غير مرة ان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله وان وجد في خباء او فسطاط الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكان اعظم من الخباء وقوله فعلى اقرب الاخبية قيل هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالدية و القسامة عليهم وقوله وان كان القوم لقوا قتالا يجوز ان يكون حالا اي مقاتلين و يجوز ان يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى المقاتلة و ان يكون مفعولا له للقتال و قوله لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا يحوج الى ذكر الفرق بين هذه و بين المسلمين اذا اقتتلوا عصبة في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام و لا يدرى ان القاتل من ايهما يرجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في انهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين واما في المسلمين من الطرفين فليس ثم جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتيل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله و ان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه اشارة الى قوله ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا الى آخره وقوله وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح و قال ابو يوسف رح هو عليهم جميعا وقوله و اذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب انه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان و هذا لا ينافي ان يكون المقر شريكه في القتل او ان يكون غيره شريكا معه فاذ كان كذلك يحلف على انه ما قتله و لا عرف له قاتلا غير

فلان **قوله** واذا شهد اثنان من اهل المحلة اذا ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة وشهد اثنان من اهل المحلة عليه انه قتله قال ابو حنيفة رح لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي حنيفة رح انهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم فان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها اما ببلوغ الغلام او بعزل القاضي وقوله وعلى هذين الاصلين يعني الاصلين المجمع عليهما * احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل * والثاني اذا كان لرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وابوحنيفة رح جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتيل بين اظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر رضي الله عنه واغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم وبدعوى الولي القتل على غير اهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك من كونهم خصماء وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم اولم يخاصم كما مر واما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما لانهما بعرضية ان يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركهما وقوله ولوادعى ظاهر وقوله على ما بيناه اشارة الى ما ذكر في مسئلة وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله ومن جرح في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لانه

لانه لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما ان يصير صاحب فراش حين جرح او يكون صحيحا حينئذ بحيث يجيء ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله لاشيء عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ظاهر ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا اوجب القصاص اعترض عليه بانه لوكان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص واجيب بان القسامة والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش قتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة واما اذا كان صحيحا يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله ولو ان انسانا معه جرح الى آخره حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى اهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة وقوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه اعلم ان المصنف رح قال فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما ان تكون عاقلة الورثة او غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته وما ذكر

في الكتاب من وجه المسئلة للجانبين ظاهر واعترض على وجه ابي حنيفة رح بان الدية انما وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم واجيب بانها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له ثم اعلم بانه رحمه الله صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة في دليل ابي حنيفة رح اشارة الى ان القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشائخ رحمهم الله فان القسامة لم تذكر في الاصل واختلف المشائخ في وجوبها على العاقلة على قول ابي حنيفة رح فمنهم من قال لا تجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس ههنا من يعلمه فلا يلزم ومنهم من قال تجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثم من يعلم بحاله واختاره المصنف رح واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما الطف هذا خبرا ابان الله تعالى دره ولما استشعر ورود مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا في داره كالنقض على ما ذكره اشار الى الجواب بقوله لان حال ظهور قتله الى آخره يعني انما صار دم المكاتب هدرا لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا ينفسخ اذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه واذا كان الدار على حكم ملكه جعل قتيل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرا بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية وقوله ولو ان رجلين كانا في بيت ظاهر وقوله كما اذا وجد قتيل في محلة يعني ان توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله قال المتأخرون اي من مشائخنا ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة يشير الى انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل وانما دخلت في هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل ايضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل

في العقل ايضا وقوله لانه احق بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب الارض لا الى اهل القرية *

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد فذكرها واحكامها في هذا الكتاب وقال المعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره وقوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح او الابوة فهي في مال القاتل لا على العاقلة وقوله وقد ذكرناه يعني الدية تأويل العقل وقوله وكذا الذي تولي شبه العمد وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله وقوله وفي ايجاب مال عظيم اجحافه فسر الاجحاف بقوله واستيصاله وقوله انما قصر يعني ان القاتل انما قصر حالة الرمي في التثبت والتوقف وقوله وتلك اي القوة وقوله كتبت اساميهم في الديوان الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة ويروى ان عمر رضي الله تعالى عنه اول من دون الدواوين اي رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة وقوله من عطاياهم العطاء اسم ما يعطي والجمع اعطية والعطايا جمع عطية وهي بمعنى العطاء وقوله وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى جواب عن قول الشافعي رح ولا نسخ بعده وقوله والحلف الحلف بكسر الحاء العهد بين قوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة وقوله والولاء اي ولاء العتاقة وقوله والعدد هو من العديد وهو ان يعد فيهم يقال فلان عديد بني فلان اذا عد فيهم وقوله فان خرجت العطايا في اكثر من ثلثه اي ثلث سنين او اقل مثل ان تخرج عطاياهم الثلث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلث في سنة واحدة يؤخذ منهم الدية بها وقوله لحصول المقصود يعني ان المقصود ان يكون المأخوذ منهم

من الاعطية وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في اكثر من ثلث سنين او في اقل منها وقوله وتأويله اي تأويل كلام القدوري فانه اطلق ذكر السنين وانما يوخذ منهم في ثلث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله واذا كان جميع الدية واضح وقوله ولنا ان القياس يأباه اي القياس يأبى ايجاب المال بدلا بدلا النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض والشرع ورد به اي بايجاب المال مؤجلا في الخطأ فلا يتعداه فان قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها وقوله لان الواجب الاصلي المثل لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس نفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز من استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته اي من وقت القضاء كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب بقضاء القاضي وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما نبين وقوله وهذا اي قول القدوري لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها اشارة الى انه يجوز ان يزاد على اربعة من جميع الدية فاذا اخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلثة او اربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة او اثنى عشر وليس كذلك فان محمدا رحمه الله تعالى نص على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وقوله وهو الاصح احتراز عما ذهب اليه بعض مشائخنا مما فهم من اشارة كلام القدوري ذكره في المبسوط وقال وذلك غلط وقوله ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العربي لان

لان العرب حفظت انسابهم فامكننا ايجاب العقل على اقرب القبائل من حيث النسب اما في حق العجمي فلا يستقيم لان العجم ضيعوا انسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على اقرب القبائل من القاتل نسبا فبعد ذلك اختلف المشائخ رحمهم الله فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله فيسوي بين الكل يعني الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق قيل الفرق بين العطية والرزق ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر وقوله وادخل القاتل مع العاقلة يعني اذا كان القاتل من اهل الديوان اما اذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا ايضا كما لا يجب عند الشافعي رح **قوله** وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل كلامه واضح وقوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل المعاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث ادخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية وان قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى ان قال ولا امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب ان ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة

خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة و العبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واماههنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها نفيا لتهمة القتل فانها تتحقق منها و يتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت على جماعة يعلل بالنصرة فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد يعلل بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة وقوله والفرض لهما من العطاء جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذرياتهم من العطاء والعطاء انما يدفع لنصرة اهل الاسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء ووجهه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة اي معونة الامام لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما وقوله واهل البادية اقرب اليه يعني نسبا وقوله قيل هو صحيح الضمير راجع الى قوله لم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقوله من اهل المصر بيان لقوله اهل الديوان اي اهل الديوان الذين هم من اهل المصر وقوله وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة يعني ان للولي الابعد ان يزوج اذا كان الاقرب غائبا وقوله لا سيما في المعاني العاصمة كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية وقوله فالدية في ماله في ثلث سنين اي لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا بخلاف المسلم فان ديته على بيت المال اذا لم توجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء وقوله وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم اي ليس بسبب نصرة اهل الاسلام اياه وقوله لعدم التناصر لان التعاقل يبتني على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وقوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم ظاهر الالفاظ نذكرها وقوله وعاقلته اهل الكوفة الولوالجي وقوله لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة يعني وان كان بعد القضاء وقوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من اهل

اهل البصرة اذا كان القاضي نضي بدينه على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وقوله لكن يقضي ذلك اي الابل من مال العطاء بان يشتري الابل من مال العطاء **قوله** وعاقلة المعتق قبيلة مولاه كلامه واضح **قوله** ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية لان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر ارشه فصار كضمان الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فاما بدل النفس فيتحمله العاقلة وان كان اقل من نصف العشر الا يرى ان القتلة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة او خمسون درهما فانه يتحمله العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر للتحمل فيما دون النفس مقدارا لم يوجد في التحمل لا النص ولا علته فيجب في ماله **قوله** ولا عبدا قال ابو عبيد اختلفوا في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن رحمه الله تعالى انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته اما ان يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه بقتله حر او بجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة رحمه الله جايزا يذهب الى انه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا يعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف

القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته و عقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عمن عمد و عمن صلح و عمن اعترف وعلى هذا فقوله بعد هذا ولا تعقل العاقلة جناية العبد اضافة المصدر الى فاعله واما اذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة و قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الان في الاقرار تجب الدية في ثلث سنين و في الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا و قوله ففي الثابت بالاقرار اولى يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة و في القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا اولى وقوله وتصادقهما حجة في حقهما لان احد المتصادقين ولي القتيل ومن زعمه ان الدية انما وجبت على العاقلة لا على القاتل فكأنه اقران ليس له على القاتل شيء واقرار المقر حجة على نفسه و قوله بخلاف الاول اراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم موجب الاقرار في مال المقر و انما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على عاقلته فيجب في مال المقر ضرورة فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضي فاذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة المحيل اجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان اصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فبعد ما تقررت على العاقلة بقضاء القاضي لا تتحول اليه بحال سواء كان استوفى من العاقلة اولم يستوف وقوله وقد مر من قبل اي في اول فصل بعد باب جناية المملوك وقوله قال اصحابنا رحمهم الله تعالى ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال يعني اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم

وبينهم والباقي ظاهر وقوله ثم اديت الكتابة اي فانه حينئذ يرجع قوم الام على قوم الاب وقوله والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاءه الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضي بها القاضي او لم يقض كالمولود بين حرة وعبد اذا جنى ثم اعتق الاب لا يتحول الجناية عن عاقلة الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالي الام الى موالي الاب وكالغلام اذا حفر بئرا قبل ان يعتق ابوه ثم سقط في البئر رجل بعد ما اعتق ابوه فان القاضي يقضي بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شيئا لان الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك والحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر لغير قبل الوقوع فان الجناية لا تتحول الى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئرا في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل ان يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فمات فالضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر وكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تتحول الجناية وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكما اذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤد والكتابة حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم امه ثم اديت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما ادوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند الى حال حيوته فتبين انه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جنايته على موالي ابيه فلذلك يرجعون على موالي الاب ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد

اخذ البعض منهم ضم اليهم اقرب القبائل نسبا و قد تقدم وقوله الا فيما سبق اداؤه استثناء من قوله اشتركوا يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين ادوا قبل ضم اقرب القبائل اليهم والله تعالى اعلم بالصواب *

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما ان الجناية قد تفضي الى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية وهي في الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع * وسببها سبب التبرعات * وشرائطها كون الموصي اهلا للتبرع ولا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يولد واجنبيا من الميراث وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيوة الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث * وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكم الوصية ففي حق الموصى له ان يكون الموصى به ملكا جديدا كما بالهبة وفي حق الموصي اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث * وصفتها ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب قال وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها

جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكره في الكتاب وقوله ومثله في الاجارة بيناه في العقد اي القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازها للاستحسان لحاجة الناس وقوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس وقوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين الى آخره ذكر بيان وجه الاستحسان وقد استدل ابو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وقد قررناه في التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة وانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين ان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد اي وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر الامام فخر الاسلام وجها آخر وقد قررناه في التقرير واستدلاله بالسنة ظاهر وقوله وعليه اي على جواز الوصية اجماع الامة وقوله لما رويناه اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم بثلث اموالكم من غير تقييد باجازة وقوله وسنبين ما هو الافضل فيه اي فعل الوصية او في قدر الوصية ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد ابن ابي وقاص وهو ما روى محمد ابن الحسن رح في كتاب الآثار قال اخبرنا ابو حنيفة رح قال حدثنا عطاء ابن السائب عن ابيه عن سعد ابن ابي وقاص قال دخل النبي عليه السلام يعودني فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا فقلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كبير لا تدع اهلك يتكففون الناس وفي صحيح البخاري انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وقوله وهذا لانه ظاهر والضمير البارز

في قوله لم يظهره واظهره للاستغناء وقوله تحرزا عما يتفق من الايثار اي احترازا عما يوجد من تأذي البعض وقطيعة الرحم بسبب ايثار البعض على البعض على ما نبينه يعني عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية روي بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل وقوله الا ان تجيزها الورثة استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث وقوله لان الساقط متلاش دليل قوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حيوة المورث فان قيل لانسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة يثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله فيدا لامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك في الغصب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة فمضت وتلاشت حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله ولان الحقيقة دليل آخر وتقريره حقيقة الملك للوارث يثبت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك فلو استند ملكه الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه ذلك انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد الامرين اما

اما ان يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثم لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين امرين اما ان نبطل العفو من الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله والرضى ببطلان الحق لا يكون رضى ببطلان الحقيقة جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات وفيه لا رجوع فكذلك فيها ووجهه انه قد عرف ان ثم حقا وحقيقة وانما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لان الرضى ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله وكذا ان كانت الوصية للوارث ظاهر وقوله وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي ذكره تفريعا على مسئلة القدوري ووجه قول الشافعي رح ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا يتم الا بالقبض * ولنا ان الموصي صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب ثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصي وقوله والاجازة رفع المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني ان الاجازة ليست بسبب الخروج عن الملك وانما هو رفع المانع وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة فكانه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالمرتهن اذا جاز بيع الراهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري ثبت من قبله واجازة المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث ان اجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله

وذلك يدل على كونه مالكا فيكون التمليك من جهته واجيب بان الوارث كان له حق اسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا اجاز في مشاع يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة ويصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان التمليك من جهة الوارث لانعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة **قوله** ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا لا تجوز الوصية لمباشر القتل عامدا كان او خاطئا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل من الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل ابيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزمة ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسير جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعي رح يجوز الوصية للقاتل مطلقا لانه اجنبي عنه فصحت له كما صحت لغيره وعلى هذا الخلاف بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل واحتجه عليه في الفصلين يعني فيما كان القتل قبل الوصية او بعدها ما بيناه يعني من الحديث فانه باطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصية واما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثم واجيب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام ان المعتبر في كون الموصى له قاتلا او غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان الموت مؤخرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بان ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل واجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرطا لعتقه وقد وجد ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث

من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لايقبل الرد فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية
ولواجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابويوسف رح
لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة الى آخر ما ذكره
في الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية
دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية
من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لاصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه
تصرف العبد وقوله ولانهم لايرضونها اي الوصية للقاتل كما لايرضونها لاحدهم اي احد الورثة
وفي الوصية لاحدهم ان اجازها البقية نفذت فكذا للقاتل وقوله ولا تجوز لوارثه اي لوارث
الموصي لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه
يتأذى البعض الى آخر ماذكر في الكتاب وقوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم
في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطية وقوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث
وقت الموت ذكر في فتاوى قاضيخان ولو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية
لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية
للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت
الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت الوصية للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه وقوله
واقرار المريض لوارث على عكسه اي على عكس الوصية بتأويل الايصاء والمذكور
اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية ان اعتبار وقت الاقرار
دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك انما كان ان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان
كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك في مريض
اقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب صح الاقرار لان وراثته يثبت بسبب حادث وهو الاعتاق
وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي

فلا تبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره رحمه الله واري ان اطلاق المصنف رح يغني من ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل وقوله الا ان يجيز الورثة استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما روينا من قوله عليه السلام الا لا وصية لوارث وقوله ولان الامتناع لحقهم اي لحقهم الذي هو تاذيهم بايثار البعض دون البعض وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز في حق الذين اجازوا او لم يجيزوا الا انه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للاجنبي وقوله ولو اجاز بعض ظاهر

قوله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر وصية المسلم للكافر الذمي وعكسها جائزة * اما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية نفي النهي عن المبرة بهم والوصية لهم بر اليهم فكانت غير منهية * واما الثاني فلما ذكره في الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا في شروح الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل يثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك واما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك ماله في حيوته فكذا بعد وفاته خلا انه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لانه معصوم من الابطال وورثة الحربي ليست كذلك وقوله وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكره في الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط لثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالميراث من حيث انها تمليك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تمليك بتمليك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول

حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له فقلنا لا يملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا في الاستحسان وقوله ويستحب ان يوصي الانسان واضح وحاصله ان التقليل في الوصية افضل واليه الاشارة في قوله عليه الصلوة والسلام انك ان تدع عيالك الحديث ومعناه ورثتك اقرب اليك من الاجانب فترك المال لهم خير من الوصية وهو مروي عن ابي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما قالا لان يوصي بالخمس احب الينا من ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب الينا من ان يوصي بالثلث والكاشح العدو والذي ولي كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح العدو والذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصدق افضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها وقوله والموصى به يملك بالقبول واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله ولا يرد الموصى له بالعيب صورته ان يشتري المريض شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه ولا يرد عليه بعيب صورته ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعا كما في الوارث وقوله ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو اوصي له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه وامثال ذلك كثيرة وقوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول يعني الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله لان الدين مقدم على الوصية يعني في الحكم فان قيل هذا التقديم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض **قوله** ولا تصح وصية الصبي كلامه واضح وقوله ولو لم تنفذ يبقى على غيره يعني اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه

فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم تنفذ يبقى ماله على غيره فكان الوصية اولى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه ورد بانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا او بكون الوصية في التجهيز وامر الدفن واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوي نقله بمعناه وقوله انه اوصى لابنة عم له بمال لاينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوي والاحتجاج بهذا الاثر لايصح من الشافعي لانه مرسل لان راويه عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه الصلوٰة والسلام رفع القلم عن ثلث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية فانها تدل على ان الصبي ممنوع من ماله وقوله وهو يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى آخره فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه وقوله والمعتبر في النفع والضرر تنزل في الجواب كأنه يقول سلمنا ان بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر الى اوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الا يرى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج باختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من اهله وقوله بخلاف العبد والمكاتب يعني اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فثلث مالي وصية يصح لان اهليتهما مستتمة في ذاتها والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله ولا تصح وصية المكاتب يعني تنجيزه لان اضافته الى العتق صحيحة كما مر آنفا وقوله والخلاف فيها معروف عرف في موضعه يعني في باب الحنث في ملك المكاتب

المكاتب والمأذون من ابواب الجامع الكبير وما عرف ثم هو ان المكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند ابي حنيفة رح وعتق عند هما لهما ان ذكر الملك ينصرف الى ملك قابل للاعتاق وهو مابعد الحرية ولابي حنيفة رح ان الملك للمكاتب نوعين احدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو مابعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله وتجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم انه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له او به معرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف رح وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره صاحب النهاية اما الاول وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله بعد موته لا انه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين ارثا فكذا وصية لكونهما اختين فان قيل لو كانتا اختين لما جاز ردها كما لم يجز رده اجاب بقوله الا انه اي فعل الوصية او الايصاء يرتد بالرد لما فيه من التمليك دون الميراث لعدم ذلك فيه وقوله بخلاف الهبة متصل بقوله ويجوز الوصية للحمل يعني ان الهبة للحمل لا تصح لانه تمليك محض والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا قدرة لاحد عليه ليملكه شيئا يحصل الملك فيه للقبض واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل ان يقول في كلام المصنف رحمه الله تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء الا بعد ان يصير موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب ان معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده

تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله بايهما اوسع الى آخره واضح وان اختلج في ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها في غير الموجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله تعالى وقوله ومن اوصى بجارية يعني قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لايتناول الحمل لفظا لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع له وما لايتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يتلبس بها وفيه اشارة الى رد ماقيل الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لايرد على مالايتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير الملك للموصي فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان الف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لاباعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لانسلم ان اسم الجارية لايتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناول لما استحقه كغيره من اموال الجالب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا يعني انه لم يتناوله بالعموم بل يستحقه اذا اطلق الموصي عن قيد الافراد فاذا افرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة وقوله ولانه يصح قد ذكره في البيوع **قوله** ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية الرجوع عن الوصية جائز لوجهين * احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم اولى * والثاني ان القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع اولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو ان يقول رجعت عما اوصيت به لفلان وقد يكون دلالة ولهذا نوع ذكر المصنف رح لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح اعلم ان محمدا ذكر في الجامع ان جحود الوصية ليس برجوع

برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع فمن مشائخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانكار في الغائب لا يصح لانه من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في المبسوط على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار حينئذ * ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فانه قال فيه اذا اوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم اشهدوا اني لم اوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعا لان قوله اشهدوا اني لم اوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد اوصيت لفلان بكذا الا اني سألتكم ان تشهدوا لي بالباطل وطلب الشهادة الباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها * ومنهم من قال المذكور في الجامع الصغير جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان * ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال شيخ الاسلام رح وهو الاصح * ومنهم من قال المذكور في الجامع قول محمد رح والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف رح وقال شمس الائمة السرخسي رح هو الاصح لان المعلى قال في نوادره قال سألت ابا يوسف رح عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسألت محمدا رح فقال لا يكون الجحود رجوعا وهو مختار المصنف رح واستدل لابي يوسف رح بان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال واذا كان نفي الحال وحده رجوعا فنفي الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد رح ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت ما لم يغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده فان الغرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته

وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل وقوله اولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي دليل آخر وتحقيقه ان احدهما مركب من النفي والاثبات والآخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس ايضا وفيه نظر من وجهين * احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف * والثاني انه لايلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا الكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول ان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ماقررناه في الانوار والتقرير ولهذا لايكون جحود النكاح من فيه يعني مستعارا للطلاق لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة احدهما للآخر قوله ولو قال كل وصية اوصيت بها واضح وقوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها لغيره وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله وقد ذكرنا حكمه يريد به ماقدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان اجازوا واجازت والا فلا *

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب **قوله** ومن اوصى لرجل بثلث ماله ثم اوصى لآخر ايضا بذلك فالورثة اما ان يجيزوا اولا فان اجازوا فلهما الثلثان ولهم

ولهم الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان اذ لا يزاد على الثلث حينئذ وليس احدهما اولى به من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين اقاما البينة على نكاح امرأة بطل البينتان جميعا وقوله وان اوصى لاحدهما بالثلث ولآخر بالسدس واضح وقوله ولا يضرب ابوحنيفة رحمه الله اي لا يجعل من ضرب في ماله سهما اي جعل ومفعول لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيئا * وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فانه حصل المحاباة لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة رحمه الله وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة * وصورة السعاية ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي * وصورة الدراهم المرسلة اي المطلقة وهي ان يوصي لرجل بالفين ولآخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر او خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث لهما في الخلافية وهي ما اذا اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلثه ان الموصي قصد شيئين

الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة ولابي حنيفة رحمه الله ان الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله ان التفضيل انما ثبت بناء على الاستحقاق فاذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذلك ههنا بخلاف مواضع الاجماع يعني المحاباة واختيها وهو واضح وقوله وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها **قوله** وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث يعني بان كان عبدا اوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل ان يكتسب هذا العبد مالا فيصير قيمته مساوية لثلث المال او ظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال وقوله لان هناك الحق تعلق بعين التركة يعني ان حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة ايضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت تنفذ فيما يستفاد فلم يتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه **قوله** ولو اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت وان اوصى بمثل نصيب ابنه جازت كان له ابن او لم يكن لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به وقال زفر رح جازت الاولى ايضا نظرا الى حال الوصية فان المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا بعد وله ان يتصرف في ملكه كيف يشاء وجوابه ما قلنا وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير **قوله** ولو اوصى بسهم من ماله فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل من اخس الانصباء اقلها والثمن اقل من السدس

من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة اما الاثر فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروي ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس ابن معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم ان عبارة المشائخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الجامع الصغير جوز ابو حنيفة رحمه الله تعالى النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الاصل جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف رح تخالف كل واحد منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيزها الورثة ومفزعهما العرف فان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد اي الاقل على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ما ذكرناه آنفا في جواب السوال من اثر ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وقول اياس رح وقوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ماذكرناه وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام فان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب لا يزاد عليه وان كان مراده السدس فما ثم عمل بالدليلين واما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما يؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا

ان ينقص من السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس رحمه الله وان اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وارى ان المراد بقوله ما ذكرنا هو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا ان ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية وان كان غير ذلك فالله تعالى اعلم به وجهد المقل دموعه * وصورة المسئلة ما اذا اوصت امرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يعطى الربع اي مثل الربع فيعطى الخمس فتجعل المسئلة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منها الربع ولا يستقيم الربع عليه فيضرب في اصل المسئلة مخرج الكسر وهو اربعة تبلغ اربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في اربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل اخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي اربعة فيصير خمسة ويعطى الموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصي اوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع واما على رواية الاصل فتخريجه كتخريجهما وعلى هذا تستخرج المسائل وتخريجها على الروايتين وقولة قالوا اي مشائخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء **قوله** ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ولو اوصى ببعض من ماله او طائفة او بنصيب

اوبنصيب او بشيء فالحكم كذلك ونواه واجازت الورثة فله ثلث المال فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله واجازت الورثة فائدة فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحمل الكلام على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث وقوله والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول قد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى

قوله ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رح له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما اي من الهالك والباقي مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة وهو القياس ولنا ان هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق احدهم في الواحد اي يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع واذا امكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهلاك الى الربح الذي هو تبع لا الى رأس المال وصارت الدراهم اي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد ولو اوصى بدرهم وله ثلثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا وقوله بخلاف الاجناس المختلفة جواب عن قول زفر رح كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وابى الباقون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من

المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقي الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو اوصى بثلث ثيابه واما اذا اوصى بثلث ثلثة من رقيقه من جنس واحد وبثلث ثلثة من الدور فليس له الا ثلث الباقي لكثرة التفاوت هكذا اجاب محمد رح في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشائخ فقيل هذا قول ابي حنيفة رح وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها واما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق ويكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام رحمهم الله تعالى وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك اي بدون اجتهاد القاضي وجمعه يتعذر الجمع واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك والاول وهو ان يكون في المسئلة اختلاف اشبه للفقه المذكور وهو ان ابا حنيفة رح لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة وهما يريان ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا **قوله** ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين بان كان له ثلثة آلاف درهم نقدا دفع الالف منه الى الموصى له وان لم يخرج بان كان النقد ايضا الفا دفع منه اليه ثلثه وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث والاصل في المال المشترك ان يوفي حق كل من الشركاء بلا بخس ولا بخس في حق احد بتخصيص الموصى له بالعين في الاول فيصار اليه وفي الثاني بخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين لان للعين فضلا على الدين على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به الف من المال والدين ليس بمال فان من حلف انه لا مال له لم يحنث بديون له على الناس سلمناه ولكن لا نسلم ان الموصى له شريك الورثة

الورثة مطلقا فان من اوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكا له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال والجواب عن الاول ان الموصى به الف اعم من ان يكون مالا في الحال او في المآل لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في غير معين واما في المعين فان الوارث كالمودع لا يضمن اذا لم يتعد **قوله** ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله واضح وادفع بقوله ولا يزاحم الحي ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات ثم مات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصي بحيوته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث لعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه والضمير في قوله لان الوصية عنده للموصي والباقي ظاهر وقوله ومن اوصى بثلث ماله ظاهر وقوله فالصحيح ان الوصية تصح احتراز عن قول بعض المشائخ رحمهم الله تعالى ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين قال الفقيه ابو الليث رح هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله ولو قال بقفيز حنطة من مالي وبثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شيء للموصى له والفرق ما ذكرناه **قوله** ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده ما ذكره واضح صورة وتعليلا خلا قوله واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس ان لا تصح لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فانما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق فالعتق يحلها وهي امة فتستحق الوصية وهي امة والوصية

لامنه بشيء غير رقبتها باطلة * وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف ام الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية اصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية ايضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله وادناه في الميراث قيد بذلك احترازا عن فصل الزكوة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد باجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلا منهما يملك المال بعد الموت كان الجمع هناك ايضا منصرفا الى الاثنين وقوله نجد ذلك في القرآن يريد به قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذلك قوله وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل **قوله** ومن اوصى لرجل بمائة درهم صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس ان يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة * وجه الاستحسان انه اثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المائة على مقتضى اشراكه اياهما جملة واحدة وانما يأخذ نصف كل مائة اذا كان اشتراكه مع كل واحد منفردا وليس

وليس كذلك بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك اي ثم قال لآخر اشركتك معهما اي له نصف ما لكل منهما لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين ولابد من العمل بلفظ الاشراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا بالفظ بقدر الامكان قوله ومن قال يعني لورثته لفلان على دين فصدقوه يصدق الى الثلث استحسانا وفي القياس لا يصدق لانه اقر بمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا قرن من جهة المقر بيان وقد فات بموته وقوله فصدقوه يعني فيما قال لا يصلح بيانا لكونه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا يعني من كل وجه فلا يعتبر * وجه الاستحسان انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث وامكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها اجاب بقوله وقد يحتاج اي المقر الى مثل هذا الكلام لعلمه باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فنجعلها اي هذه الوصية وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كأنه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة وقوله فان اوصى بوصايا غير ذلك الى آخره واضح وحاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين وقوله ومن اوصى لاجنبي ولوارثه ظاهر وقوله وهذا اي هذا الايصاء بخلاف ما اذا اقر بعين اودين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي كما لا يصح في حق الوارث لان الوصية انشاء تصرف اي ابتداء تمليك من غير ان يكون بينهما شركة قبلها والشركة انما تثبت حكما له عقيبه فحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها واما

في الاقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبله لان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك اي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بينما اذا تصادقا على ذلك او جحد الاجنبي او الوارث ذلك او انكراه جميعا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح اذا لم يتصادقا صح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فبطل في نصيبه وثبت في نصيب الآخر وقالا اثباته مشتركا هو المبطل وقد وجد وله ان يقول هذا الاقرار بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى الى ابطال حق الغير والجواب ان وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي ان اليقين لا يزول بالشك وتقريره ان حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها ففي كل جزء فرضته يشتركان فيثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر الى صحة الاقرار له ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله بناء وبطلانا اي بناء في حق الاجنبي وبطلانا في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر **قوله** ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء رجل له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء تخرج من ثلث ماله واوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك احد الاثواب ولا يدرى ايها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو اتمام غرض الموصي الا ان يسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف رح في الكتاب وهو واضح اذ ابتدئ بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الرديء وان ابتدئ بتعليل جانب صاحب الوسط قلنا وجد آخر وهو ان يقال الهالك ان كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك

الهالك اردئ من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردئ منهما فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك اخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد بقي صاحب الجيد وصاحب الردئ فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الردئ لانه لا حق له فيه قطعا وصاحب الردئ يدعي الردئ دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردئ لصاحب الردئ قوله واذا كانت الدار بين رجلين ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع واما قوله هذا ففيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة واجيب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكرهنا لان الجبر لا يجري في المبادلة فيكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه والباقي ظاهر قوله اما لانه عوضه كما ذكرناه يعني في الجارية الموصى بها قوله اولانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين يعني في وقوعه في نصيب الشريك والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر يعني في وقوعه في نصيبه قوله فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة للورثة لانه لما صحت الوصية عندهما في عشرة اذرع بقي حق الورثة في اربعين قلنا زعم الورثة ان حقهم في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد رح وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر زعم كل فريق في حقه فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل احد عشر قوله وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح بل قوله في الاقرار كقولهما في الوصية

والباقي ظاهر **قوله** ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينها فبلغه فاما ان يجيز الوصية او لا فان كان الثاني بطلت وان كان الاول جازت فان دفعها الى الموصى له تمت وان لم يدفع فله ان يمنع وان اجاره لان هذا تبرع بمال الغير الى آخره اذكر في الكتاب وهو واضح الى قوله فيكون مقراً بتقدم حقه عليه وان كان الدين مستغرقا لجميع نصيبه دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله فلا يخرج عنها بالانفصال تداخل السع يعني تسرى الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كأن الولد كان موجودا فاوصى بهما وفيه تنفذ بكل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا ولنا ان الام اصل يعني في ... اي في الوصية على تأويل الايصاء وانما كانت الام اصلا لان الايجاب تناولها قصدا ثم يسري حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون ... قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا ... الى نقضها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل ... و قوله الا انه لا يقابله بعض الثمن جواب عما يقال لا نسلم ان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل فان بعض الثمن لا يقابله في ذلك وفيه نقض له بحصته ووجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لان الثمن تابع الى آخر ما ذكره وقوله واذا اتصل به القبض انما قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان مقبوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن والله تعالى اعلم بالصواب * فصل

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاماً تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصلي مقدم على العارض وقوله واذا اقر المريض لامرأة واضح مبناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثاً وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثاً للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثاً يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضاً وقوله لان الاقرار ملزم فيه تلويح الى رد قول زفر رح وهو ان الاقرار ايضاً باطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا لا يصح للوارث ووجه ذلك ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على امر زائد كالموت في باب الوصية وقوله الا ان الثاني يؤخر عنه اي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة بخلاف الوصية لانه يعني الوصية بتاً وبل الايصاء وقوله وكذا لو كان الابن عبداً او مكاتباً فاعتق يعني لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت * اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكره ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه اي على العبد دين يصح الى آخر ما ذكر في الكتاب وقوله والمقعد والمفلوج المقعد من لا يقدر على القيام * والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والاشل من شلت يده والمسلول هو الذي به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ونفثها وقوله صار طبعاً من طباعه يعني خرج من ان يكون مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث فيعتبر تصرفه من الثلث كما لو تصرف عند ما اصابه

ذلک وصار صاحب فراش ومات من ايامه لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت *

باب العتق في المرض

الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخّر عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل **قوله** ومن اعتق عبدا في مرضه كلامه واضح وقوله والمراد الاعتبار من الثلث اي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما اوجبه الموصي في ماله بعد موته متطوعا وقوله كالضمان والكفالة غاير بينهما بالعطف لان الضمان اعم من الكفالة لان من الضمان ما لا يكون كفالة بان قال الاجنبي خالع امرأتك على الف على اني ضامن لك او لو قال بع هذا العبد بالف على اني ضامن لك بخمس مائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والخمس مائة على الضامن دون المشتري وقوله وما نفذه من التصرف اي نجزه في الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قوله فان حابى ثم اعتق صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الفين من رجل بالف ثم اعتق عبدا يساوي الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولى وان ابتدأ بالعتق فهما سواء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ففي الاول يسلم العبد للمشتري بالف ولم يبق من الثلث شيء الا ان العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثاني يتحاصان في مقدار الثلث وقالا العتق اولى سواء قدم المحاباة او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته مقدار الثلث ويخير المشتري ان شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير

من غير رضاه وان شاء امضى العقد وادى كمال قيمة العبد الفي درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله الا العتق الموقع اي المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوه او يوصي بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله كالتدبير الصحيح احتراز عن الفاسد منه مثل ان يقول انت حر بعد موتي بيوم كما سيجيء وقوله المحاباة في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وغيره يلحقه اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال وقوله يستوي فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة وقوله انهما في الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا وقوله لانها تثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى لانه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه وقوله قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها فيستويان وفيه بحث وهو ان يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة رحمه الله تعالى وايضا لو حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضي الترجيح يستدعي ان تنفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان تلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بانه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما ثانيان فاستويا كذا في النهاية وقوله قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت لم لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون

مساويا لها والعتق الاول متقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحاباة كمال حقه وكان ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة ما اخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الاول لان حق العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وان نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما قوله وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد كلامه واضح **قوله** وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة قال الامام الكيساني رحمه الله تعالى الا ان يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له وقوله وهذا اشبه يعني الى الصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده فيختلف المستحق اذا هلك منه شيء ويبطل الوصية وترد المائة الى ورثته وقوله ومن اوصى بعتق عبده اي باعتاق عبده وقوله لانه يتلقى الملك من جهته اي لان الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي الا ان ملكه اي ملك الموصي باق فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا ان ملك الميت فيه باق لحاجته وانما يزول ملكه بالدفع فاذا خرج به اي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد وفاته بسبب الدين فان فداه الورثة كان الفداء في اموالهم اي كانوا متبرعين فيما فدوه به وقوله ومن اوصى بثلث ماله لآخر واضح وقوله وان كان على المعتق دين يعني ان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع احدهما الآخر ان لو كان احدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا لما حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كأن الامرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا كذلك وله ان الاقرار بالدين اي ولابي حنيفة رحمه الله تعالى وجهان احدهما ان الاقرار

الاقرار بالدين اقوى على ما ذكر والثاني ان العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى لوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض اعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك الف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا وقوله وعلى هذا الخلاف الى آخره لهما ان الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معا بخلاف المورث وله ان حقه يثبت في عين الالف مقارنا لثبوت الدين في الذمة وعند انتقاله منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقالا له ذلك فقال صدقتما والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب *

فصل

تقدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل * اعلم ان من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلوة او صيام او زكوٰة او حج او كفارة او نذر او صدقة الفطر فاما ان يوصي بها اولا فان كان الثاني لم تؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد خاصة تقدم ذكرها وما لله تعالى اما ان يكون كله فرائض كالزكوٰة والحج والصلوٰة والصوم او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبههما او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة

وان لم يجيزوها فان كان كلها لله تعالى وهي فرائض كلها او واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البدء بما هو الاهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بدئ بما قدمه الموصي لان الظاهر ان يبدئ بالاهم فان قيل اين ذهب قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة رح عليهما اجيب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحدا وا ما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو اوصى بثلثه لانسان ثم اوصى بمائة لآخر وقوله والزكوة تعلق بها حق العبد يعني باعتبار ان الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله اذ جاء فيهما من الوعيد مالم يأت في الكفارات اما في الزكوة فقوله تعالى وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ واما في الحج فقوله تعالى وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ مكان قوله وان لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم ومن مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا الحديث وقوله والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ترك كفارة الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة وقوله وعلى هذا يقدم بعض الواجبات على البعض فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذور وما ليس بواجب يقدم منه ما قدم الموصي لما بينا يعني قوله لان الظاهر ان يبتدئ بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدؤا بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذلك ههنا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا رحمهم الله تعالى ان يبدء بالافضل فالافضل يبدء بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق صلا

مثلاسواء رتب على هذا الترتيب اولم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد ويجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكوٰة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو رضى الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما ينفرد وصايا الادميين فان الجميع منها وان كان المقصود به القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذلك هذا **قوله** ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده كلامه واضح **قوله** وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل يعني على مذهب ابيحنيفة رحمه الله تعالى وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله وله انه وصية بعتق عبد يشترى بمائة الى آخره وقوله ومن خرج من بلده حاجا فيه لانه اذا خرج للتجارة يحج عنه من بلده بالاتفاق وسنذكره بعيد هذا * قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا اوصى وقولهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره مدفوع بقوله عليه الصلوٰة والسلام كل عمل ابن ادم ينقطع بموته الا ثلثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فاوصى وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة رحمه الله تعالى عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الاول لو بداله في ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضى الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لوجامع في خلال

الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب اقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به وقوله على ما قررناه اراد به قوله قبيل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا الى آخره والله تعالى اعلم *

باب الوصية للاقارب وغيرهم

انما اخر هذا الباب عما تقدم لان فى هذا الباب ذكر احكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدم ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم **قوله** ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار وقوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وقوله وذلك عند اتحاد المسجد قيل حتى لو كان فى المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران وقوله وما يروى فيه ضعيف يعني ما روي انه عليه الصلوة والسلام قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا اربع مرات اشار الى الجوانب الاربعة فانه قيل هذا خبر لا يعرف رواية وقال ابن قدامة رحمه الله تعالى هذا ان صح كان نصا فى الباب وقد طعن في روايته قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي قال محمد رحمه الله تعالى فى الزيادات وينبغي على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان يدخل السكان تحت الوصية من الجيران الملاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابوبكر بن شاهويه هذه كدخدائية من محمد فى مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو للملاك واقول ينبغي على قول محمد رحمه الله تعالى ان لا يدخل الذمي لان المسجد لا يضمه الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان وقوله ومن اوصى لاصهاره اي

اي لاقرباء امرأته قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة وانما قال هذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة رحمهما الله تعالى لان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن ايضا وقوله وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها يعني وان ورثت منه لكون الطلاق في المرض وقوله ومن اوصى لاختانه يعني ان الاختان يطلق على ازواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذي رحم محرم من ازواج المحارم من الذكر والانثى والازواج المحارم كلهم في قسمة الثلث بينهم سواء قوله ومن اوصى لاقاربه يعني تصرف الى اثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل رحم ذي محرم من جهة الاب او الام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقوله فائدة الخلاف تظهر في آل ابي طالب يعني ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول اقصى الاب علي رضي الله تعالى عنه فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني اقصى الاب ابو طالب لانه ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيها اولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضحة الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وبين كونه متروكا بالاجماع بقوله فان عنده اي عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه تقيد بما ذكرناه من الاقرب فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرناها وعندهما باقصى اب له في الاسلام وعند الشافعي رحمه الله تعالى بالاب الادنى وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة وقوله واذا اوصى لاقربائه وله عمان وخالان يعني له ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه وهذا الى آخره تفصيل ما اجمله من القيود على مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقوله لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا تفرد كان له النصف ايضا واعترض بان في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه

آخر و حينئذ كان لقائل ان يقول اذا كان له عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال هذا يجب له الربع والخمس عند انفراده على تقدير ان يكون معه ثلثة اعمام او اربعة اعمام وهلم جرا واجيب بان ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره فتعين ادنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما واذا اخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اثلاثا وقوله لما بيناه اراد به قوله لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الى آخره وقوله وهي اقوى اي قرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤولة وقوله والعمة وان لم تكن وارثة جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة وتقدم العمة على الخال بسببها فلم تكن قرابتها اقرب ووجهه انها مستحقة للوصية مساوية للعم في القرب وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قائم بها وهو الانوثة لا يخرجها من مساواتها العم في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق والكافر لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لا يصرف في القرابة وقوله لا اسبائه الانسباء في جمع النسيب وهو القريب كالانصباء في جمع النصيب وقوله فيما ذكر يعني من القيود المذكورة على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما **قوله** ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته الوصية لاهل فلان ينصرف الى زوجته عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى والى كل من تضمه نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين فانه ليس المراد به الزوجة خاصة وكذا قوله فنجيناه واهله الا امرأته وله ان الاهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله فلا يصار الى غيرها مع امكان العمل بها قيل في الاستدلال بهذه الآية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه او ارباب من ضمهم نفقته فان كان معه من الارقاء احد لم يدخل فيه بالاتفاق على ان الحقائق لا يستدل عليها لان طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول وانما استشهد بالآية تأنيسا او لان ثبت ان

ان ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لانا في مطلوبه كالآيات التي استدلا بها وقوله فلان تاهل
بلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله لان الانسان يتجنس بابيه
فان ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلحوا
للخلافة وان كان اكثرهم من الاماء فعلم انهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله
ولو اوصى لايتام بني فلان اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل الحلم قال عليه الصلوٰة والسلام لايتم بعد
البلوغ والعميان والزمنى معروفه والارمل هو الذي لايقدر على شيء رجلا كان او امرأة
من ارمل اذا افتقر من الرمل كاد فع وهي التراب ومن الناس من قال الارمل
في النساء خاصة والمختار عند المصنف رحمه الله تعالى هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم
وهو اختيار الشعبي رحمه الله تعالى فاذا اوصى لهؤلاء فاما ان يكونوا قوما يحصون اولا
فان كان الاول وحد الاحصاء عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ان لا يحتاج في الاحصاء الى
كتاب وحساب فان احتيج الى ذلك فهم لايحصون وقال محمد رح اذا كانوا
اكثر من مائة فانهم لايحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي دخل
في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصيه تمليك وتحقيق التمليك فيهم
ممكن وان كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لماذكره في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف
ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لايحصون او لايامى بني فلان وهم لايحصون حيث
تبطل الوصية فيه اشارة الى انهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني
والفقير وهل يدخل الذكر في الايامى دخوله في الارامل اولا قال الكرخي رحمه الله تعالى
يدخل لان الايم هي التي لازوج لها بكرا كانت اوثيبا ويقال رجل ايم ايضا وقال محمد
رحمه الله تعالى الايم هي الثيب خاصة وقول المصنف رحمه الله تعالى محتمل والظاهر
دخوله لانه تركه اعتمادا على ماذكره في الارامل وانما بطلت الوصية في الشبان والايامى
لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حيث يصرف الى الفقراء ولايمكن تصحيحه تمليكا

في حق الذل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد رح الغلام
ما كان له اقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين
فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخا وفي الوصية
للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع والله اثنان في الوصايا
على ما مر وقوله ولو اوصى لبني فلان يعني اذا اوصى لبني فلان فلا يخلوا اما ان يريد
مفهومه الاضافي او يكون اسم قبيلة او فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند
ابي حنيفة رحمه الله تعالى رجع اليه وكان يقول اولا يدخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط
اما اذا كانت الاناث منفردات فلا يدخل بالاتفاق ووجه قولهما والخلاف ان جمع الذكور يتناول
الاناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله آخرا ان حقيقة هذا الاسم للذكور وانتظامه الاناث
تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثاني يتناول لان المراد به مجرد
الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم بقسم الوصي بين
من يقدر عليهم من فقرائهم **قوله** ومن اوصى لولد فلان فلان اما ان يكون اذا خاصا
او فخذا فان كان الاول فالوصية تناولت الاولاد دون اولادهم الذكر والانثى عند
الانفراد والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة
وولد الولد مجازا لا يصار اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له من الصلب يدخل اولاد
الاولاد واولاد الابناء رواية واحدة وفي اولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الوصية لولد فلان يتناول الولد وولد الولد فهم ذلك
من قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين قال القدوري
رحمه الله تعالى والصحيح انهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرنا وان كان
الثاني يدخلون وان كان الصلبي قائما لان فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته لا تخلو
من الاولاد عادة فيكون مرادة فيدخل بخلاف ما اذا كان ابا خاصا فان بنيه وبناته قد

قد تحصلوهن الا ولاد فلا يكون مراده وقوله ومن اوصى لورثة فلان واضح وقوله ومن اوصى لمواليه مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي رحمه الله تعالى يجيز ذلك فاجازه واصحابنا رحمهم الله تعالى ما جوزوه فكذلك هذا والمروي عن الشافعي رحمه الله تعالى رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى لكن لا على جواز عموم المشترك بل على ان لفظ المولى على الاعلى والاسفل متواطئ كالاخوة على بني الاعيان وبني العلات وبني الاخياف وليس بظاهر لان معنى الاخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الاب او الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان الاعلى منعم ومعنى الاسفل منعم عليه وكان في احدهما معنى الفاعل وفي الآخر معنى المفعول واليه اشار بقوله ان الجهة مختلفة وقوله في موضع الاثبات احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الائمة وعامة اصحابنا رحمهم الله تعالى على ان لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسئلة الحلف بان ترك الكلام مع الموالي مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل لان الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء قد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله تعالى وتائيده فان قيل سلمنا ان لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة اجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهو ان يصرف الوصية الى المولى الذي اعتقه لان شكر المنعم واجب واما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف الى الواجب اولى منه الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى لهذا المعنى اجيب بانها معارضة بجهة اخرى وهو ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الاسفل الفقر وفي الاعلى الغناء والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى لهذا المعنى ولو اوصى لمواليه وليس له المولى الاعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات

اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجودا والوصية تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انهم يدخلون لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد لازم اي ثابت مستقر والاصح الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت ويدخل فيه اي في هذا الايصاء يعني بالاجماع عبد قال له ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق العجز عن الضرب وهو واضح ولو اوصى لمواليه وله موال واولاد الموالي وموالي موالاة دخل معتقوه وهؤلاء واولادهم لان نسبتهم اليه بالولاء للعتق الذي باشره في ابائهم والفروع اجزاء الاصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم كما في اصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم الموالي عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان واولادهم لان النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز ان يقال ليسوا ابنوفلان وانما بنو بنيه وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انهم يعني موالي الموالات يدخلون ايضا لما ذكر في الكتاب وهو واصح وقوله والاعتاق لازم جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الاعلى والاسفل ووجهه ان المشترك لا يعمل به اذا لم يكن قرينة على احد المعنيين وههنا قرينة تعين احدهما وهو ان ولاء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالات ضعيف مختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا يتحقق المزاحمة بينهما ولو لم يكن له الا موالي الموالات كان الثلث لهم لان الحقيقة اذا لم تكن ممكنا وجب العمل بالمجاز صونا للكلام العاقل من الالغاء ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا ان اسم المولى لاولاد المولى حقيقة وقوله ولا يدخل فيه اي فيما اوصى لمواليه اعتقهم هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب ان يقال موال اعتقهم ابوه او ابنه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هو ان يباشر اعتاق مملوك فيصير له مولى عنه

منه والمجاز ان ينسبب لذلك باعتاق مملوك ثم يعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالي الاب والابن معنى الاعتاق ولا تسبيبه فقلنا انهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعني كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين اعتقهم من ال له حقيقة قوله والتابعين ميراثهم بالعصوبة جواب عما روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان موالي ابيه تدخل اذا مات ابوه وورث ولاءهم لانهم مواليه حكما ولهذا يحرز ميراثهم ووجه ذلك ان احرازه الميراث ما كان لكونه مولى له لكن الشرع اقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله بخلاف معتق البعض قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب ان يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح لانه يثبت بهذا الفرق بين موالي الموالي وبين موال اعتقهم ابوه او ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه ايضا وذلك انما يستقيم فيما اذا كان بخلاف معتق المعتق واما معتق البعض عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه ما ينسب اليه بالولاء حقيقة ولا يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين ان النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال اعتقهم باثبات لفظة ابنه وههنا بخلاف معتق البعض وجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال اعتقهم ابنه ومعناه ان معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لانه مولاه حقيقة بخلاف موالي الابن لانهم ليسوا مواليه اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا على مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وهذا تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وان كان فيه بعد من حيث الايراد على مذهبهما خاصة *

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع واخّر هذا الباب لما ان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها وضعا **قوله** وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره كلامه واضح ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الارث لان الوصية تعتمد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حال الحيوة فكذا بعد الممات لان الموت لا يزيلها والارث خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى واذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لانها بدلها فاخذت حكمها والمعنى وهو الحاجة يشتملهما يعني المنفعة والغلة قوله فان خرجت رقبة العبد فيه تفصيل وهو انه اذا اوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال ابدا او جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث او لم تخرج ولكن اجازت الورثة التسليم اليه يخدمه وان لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يموت وان كان الثاني فاما ان عين سنة مثل ان يقول سنة ست وستين وسبعمائة او لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض من تلك السنة او مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازت الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى يمضي السنة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال او لا يخرج واجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره ان شاء الله تعالى **قوله** فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة اذا مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثة الموصي لان الموصي اوجب

اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الحق الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصي لما تقدم ان الميراث خلافة فيما يتملكه المورث وذلک في عين تبقى والمنفعة عرض لايبقى لكن لا يجوز ان يستحقها كذلک لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاة المالک لايجوز ولومات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل اي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت ولو اوصى بغلة عبده اوداره فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه اوسكن الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى في ذلک على ما ذكره في الكتاب وهو واضح قوله وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يوجر العبد والدار واضح سوى الفاظ نذكرها قوله اعتبارا بالاعارة فانها تمليک بغير بدل وقد تقدم في بيان العارية في الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو ان الشئ لا يتضمن ما فوقه وقوله الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجه ذلک ان الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصي من العوارض فلا معتبر به وقوله ولان المنفعة دليل آخر قوله وهذا لا يجوز يعني بناء على ما قال ولا يملک الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملک منفعته تبعا لملک رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجيب بان كلام المصنف رحمه الله تعالى في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة يجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلک فلا يكون واردا عليه وقوله اذا كان يخرج من الثلث احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الى اهله الا باجازة الورثة وقوله واذا كانوا في غيره اي في غير مصر الموصي وقوله ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره قد علم جوازه فيما تقدم بطريقين ولعله ذكره تمهيدا لقوله ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلک السنة يعني اذا لم تجز الورثة

وكان الوصية بغلة عبده سنة وتذكير الضمائر اما بتأويل المال او نظرا الى الخبر قوله لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء وكل ما هو كذلك يعلق الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينهما وبين الخدمة وان العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء صير الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهاياة الى ان يكون ما يستوفيه خدمة سنة كاملة ... قوله فلو اراد الموصي له قسمة الدار ظاهر الى قوله عطفا منه لاحدهما على الآخر ومعنى ذلك عطف قوله لآخر بالواو على قوله اوصى له بخدمة عبده ومثر هذه الغلة لو رد هذا العطف بحاله اذا مراد اي بحاله انفراد احدى الوصيتين عن الاخرى لا يتحقق المشاركة بينهما فيما اوجب لكل واحد منهما قوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كذا اي والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر يكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر اما ان يكون ادرك حد الخدمة او لا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لانه بالانفاق عليه ينمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه بالانفاق فاذا كان لا يقوى على الخدمة لانه وان ابى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير قوله ونظيرها اي لهذه المسئلة نظائر وقد ذكرها في الكتاب باحد ... ولا شيء لصاحب الظرف وهي الامة والخاتم والقوصرة في المطول ... والتمر في هذه المسائل كلها اما اذا كان احد الاثنين موصولا بالآخر بالانفاق واما اذا كان احدهما مفصولا عن الآخر فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله تعالى خلافا

خلافا لمحمد رحمه الله تعالى وقوله كما في وصية الرقبة والخدمة فان الموصول والمفصول منهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد رحمه الله تعالى والجواب عما استدل به ابويوسف رحمه الله تعالى في الكتاب والمبسوط دليل على ان المعول على قول محمد رحمه الله تعالى **قوله** ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي الى ما يحدث على وجوه ثلثة في وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد اولم يذكر كالوصية بغلة بستانه اوارضه اوسكنى داره اوخدمة عبده فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد اولم يذكر كالوصية بالصوف على ظهر غنمه والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء لا يستحق بعقد ما وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة وقت الموت تناولها والا فالقياس ان تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له * وجه القياس ان الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل * ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا لكلام الموصي عن الالغاء والمصنف رحمه الله تعالى حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة وقوله ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا الى آخر الباب واضح * لله در المصنف رحمه الله تعالى ما اجزل تركيبه واحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج الى تقرير الا وتركيبه اوفى تأديته من غيره وقوله وبعقد الخلع صورته ان يقول المرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي اوغنمي صح وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن شيء فلاشيء له وما حدث بعد ذلك للمرأة لان ما في البطن قد يكون متقوما وقد لا يكون فلم تغره حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس بها حمل ترد المهر *

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات اذا صنع يهودي بيعة او نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا رحمهم الله تعالى على اختلاف التخريج اما عنده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى اذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا تصح ولو وصى بذلك اي له اوصى بان يعمل بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معنى الاستخلاف والتمليك وللذمي ولاية التمليك فامكن تصحيحه اي تصحيح ايصائه على اعتبار المعنيين اي الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزناه لكن نظرا الى التمليك وانما صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاؤا **قوله** وان اوصى ان يجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين يعني قوما غير محصورين جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا هي باطلة لان هذه في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو وصوا بما هو لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بالاخلاف فكذلك اذا اوصوا بما هو في معتقدهم عبادة تصح وان كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى واما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله ثم تصير محررة لله تعالى حقيقة بل تحرز على معتقدهم فيبقى ملكا للباني فيورث عنه وقوله ولانهم يسوون دليل آخر على عدم التحرز لله تعالى وقوله بخلاف الوصية متصل بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وقوله على مقتضاه كلها

كلها راجعة الى الوصية بتأويل الايصاء وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الاان لفظها تقاعد من افادة معناها وهو زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فاما اذا لاقت ما هو قربة فيه عملت عملها وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي الى آخره واضح وقوله وهو ما ذكرناه يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة وقوله كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله والوجه ما بيناه اي من الجانبين وهو ان المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما انها وصية بمعصية وقوله والجهة مشورة يعني ان كلامه في صرف المال الموصى به الى استضاءة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله على الخلاف المعروف في تصرفاته يعني انها جائزة عندهما موقوفة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان اسلم نفذ سائر تصرفاته والا فلا وقوله وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة فصارت كالذمية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لاتكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان وقوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز قيل هذا اذا لم تكن الورثة معه اما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا اشار بقوله وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب وقوله وذلك في حق المستأمن ايضا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو ان يقال قد قلت ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد على الورثة ايضا مراعاة لحق المستأمن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق

الورثة الى آخره وقوله ولو اعتق عبده عند الموت الى آخره ظاهر وقوله ولو اوصى لحربي في دار الاسلام دار الاسلام ظرف لا وصى لا لقوله حربي اي لو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذمي اذا اوصى لحربي في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا الوا وصى له اي المستأمن من مسلم او ذمي بوصية جاز والله اعلم بالصواب *

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لما ان كتاب الوصايا يشتمله لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس ومن اوصى الى رجل اي جعله وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلمه وردها في غير وجهه اي بغير علم الموصي هكذا ذكره في الذخيرة اشارة الى ان المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك حاله عند رد الوصي فليس برد لان الميت مضى لسبيله اي الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز فيرد وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى اليه في ان قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حيوة الموصي ثم رده بعد موته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكرتم واجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي وكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصى له يرجع الى ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك ويشير الى هذا الجواب قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه اي في غيبته وبغير علمه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فانه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة

والتتمه وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكاله ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه وعن هذا قال بعض الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه وقد اشار اليه المصنف رحمه الله تعالى في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل الا بمحضر من الموكل وذلك ايضا قول المشائخ على ما ذكروا اليه قوله قيل وسببه الاضرار بتغريره واما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فليس فيه ذلك قوله وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا يعني كمن وكل حال حيوته فانه مالم يوجد من الوكيل قبول نصا او دلالة كان بالخيار فان قيل كان يجب ان لا يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصي ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مدفوع اجيب بان الموصي مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل الخيار وقوله فلو انه باع شيئا من تركته بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد الموت وقوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب من ذلك ما ذكره في كتاب ادب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن اعلم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيهما يكفي قوله وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل يعني ان الوصي اذا سكت في حيوة الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل ثم قال فهو وصي ان لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لزفر رح لان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه للوصي لكن

الاول اعلى لكونه غير مجبور بشيء والثاني مجبور بالثواب ودفع الاعلى من الضرر اولى لا محالة وقوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله فله ذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه منها حين قال لا اقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف المشائخ رحمهم الله تعالى في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي رح وهو الذي اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لان الوصاية لو صحت فللقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج فههنا اولى واليه ذهب شمس الائمة الحلواني رحمه الله تعالى والباقي واضح **قوله** ومن اوصى الى عبد او كافر ومن اوصى الى عبد او كافر ذمي او مستأمن او حربي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد رح في الاصل ان الوصية باطلة ثم اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى في انه باطل اصلا او معناه سيبطل وقال [illegible] واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشائخنا رحمهم الله تعالى ان معناه ستبطل ووجهه ان العبد اهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنونا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية فكانها ستبطل اخراجه القاضي عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي جاز فثبت ان الايصاء صحيح لكنه لا يتولى في البياعات الفاسدة فيجوز للقاضي ان يخرجه من الوصية وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله واستبداد [illegible] بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر انه باطل لعدم الولاية على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله [illegible]

يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله واولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله ومن اوصى الى عبد نفسه واضح وقوله وفي اعتبار هذه اي هذه الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزى اذ لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجزئ فكان عائدا على موضوعه بالنقض وقوله اه مخاطب احتراز عن الصبي والمجنون وقوله مستبد احتراز عن الايصاء الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع وقوله بكونه ناظرا لهم لان العاقل لا يختار المرقوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وامانته وشفقته على من خلفهم وصار كالمكاتب فان الايصاء اليه جائز فكذلك ههنا وقوله والوصاية قد تتجزى جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزيتها وذلك ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الآخر في الدين ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه خاصة اونقول بصار اليه اي الى التجزي كيلا يؤدي الى ابطال اصل هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يفضي الى تغيير وصفه وهو جعله متجزيا بعدما لم يكن قلنا تغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى من اهداره بالكلية **قوله** ومن يعجز عن القيام بالوصية معنى قوله بالوصية الوصاية اعلم ان الاوصياء ثلثة * عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف رح العاجز اصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم ضعف الوصي وعجزه كان عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا

لم يظهر ذلك عنده لكن شكا اليه الوصي ذلك اي عدم الاستبداد لعجزه لا يجيبه كما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين اي الوصي والموصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي والعاجز المعزول نقضاء حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي ان يتعرض له بالاخراج وان شكا الورثة او بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب قوله ومن اوصى الى اثنين الى آخره وروي عن ابي القاسم الصفار رحمه الله تعالى انه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى اليهما جميعا بعقد واحد واما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى هذا اصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وحكي عن ابي بكر الاسكاف رحمه الله تعالى انه قال الخلاف فيهما جميعا سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل في المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معا ولا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال الا في اشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف اقوال العلماء فيها وذكر في الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد المغصوب والوديعة والعصوبة وذكر في الجامع الصغير لقاضيخان ثمانية وهي الستة المذكورة في الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال الضائعة فقيل يحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا لئلا يزيد على ما نص عليه في النهاية والذي ذكره المصنف رحمه الله تعالى اكثر من ذلك وقوله سبيلها الولاية يعني انها لا تثبت لمن لا يثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله لانها ليست من باب الولاية اي الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من اوصى اليه وذكر رواية الجامع الصغير

الصغير لبيان ان اقتضاء الدين اي قبضه ليس كقصائه بل هو على الاختلاف **قوله** ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله وان مات احدهما متصل باول الكلام وقوله ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي ظاهر وقوله والى الجد في النفس يعني اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجد وكذا الوصي فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله وعند الموت كان له ولاية اي عند موت الوصي كانت للوصي ولاية في التركتين اي في تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤل اليه وتركة موصيه اما في تركته فباعتبار انه ملكه واما في تركة موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثاني منزلته فيهما وقوله فلا يرضى بتوكيل غيره اي لا يرضى الموكل بان يوكل وكيله غيره او يوصي الى غيره **قوله** ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة رجل اوصى الى رجل واوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار وكبار غيب فقاسم الوصي الموصى له نائبا عن الورثة واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء * واما اذا كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقاسم الوصي مع الوارث عن الموصى له فاعطى الورثة حقهم وامسك الثلث للموصى له لم ينفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان او كبيرا حاضرا او غائبا في المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك في يد الوصي ما افرزه كان له ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم * والفرق بين المنقول والعقار ان الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع * ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب وحاصله ان الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت

فيجوز ان يكون الوصي خصماعنهم وقائما مقامهم واما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه فلايكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه في نفوذالقسمة عليه وقوله حتى يرد بالعيب اي فيما اشتراه المورث ويرد عليه اي فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانه اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولولم يكن خليفة لما رجع كما اوباعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون مغرورة كغروره وقوله عبران الوصي لايضمن جواب سؤال تقريره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غيرمشروع وهلاك المال بعد ذلك بفعل الذي هوغيرمشروع فيجب الضمان كمالوتعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب ماقال لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركه فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الى آخره وفيه اشارة الى انه لاضمان عليه اذا كان ماافرزه للورثه في يده لان الحفظ لايتصور في ذلك امالوسلم اليهم فان كان باقيا كان للوصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وان كان هالكا فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع الدفع كذا في النهاية وقوله فان قاسم الورثه كان معلوما من سياق كلامه وانما ذكره اتباعا للفظ الجامع الصغير وقوله لمابينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه **قوله** وان كان اوصى الميت بحجة رجل مات وترك اربعة الاف درهم واوصى ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذ الوصي الالف ودفعها الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق قال ابوحنيفة رحمه الله تعالى يوخذ ثلث مابقي من التركه وهوالف درهم فان سرق ثانيا يوخذ ثلث مابقي مرة اخرى وهكذا وقال ابويوسف رحمه الله تعالى يوخذ مابقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلثه وثلثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لايوخذ مرة اخرى وقال محمد رح اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلايوخذ منه مرة اخرى ووجه ذلك

ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح وقوله ومن اوصى بثلث الف درهم واضح على ما ذكره
في الكتاب وذكر الامام المحبوبي رحمه الله تعالى ان هذا الجواب فيما اذا كانت
التركة مما يكال او يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى يفرد احد الشريكين من غير
قضاء ولا رضاء ويجوز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن واما فيما
لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا
قسمته * قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله اشارة الى ذلك فانها مما يوزن وقوله واذا باع
الوصي عبدا من التركة ذكره لبيان الفرق بينها وبينما اذا باع المولى او وصيه عبده
المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغريم العبد هناك
حقا في استسعاء العبد واستسعاء العبد بعد البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال حق
الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم واما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد انما حقه
في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل محققا له لان حقه
في الدراهم والدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله ولو تولى حيا بنفسه يجوز
بيعه بغير محضر من الغرماء يعني اذا باع بمثل قيمته وقوله ومن اوصى بان يباع عبده
ويتصدق بثمنه على المساكين ظاهر وقوله لانه ضمن بقبضه اي لا بعمل آخره يكون
للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصي ولا للورثة وقوله
لان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية
والوصية تنفذ من الثلث وقوله انه يرجع عليه بحكم الغرور اي بحكم ان الميت غره بقوله
هذا ملكي وانه لما امره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلا هذا العبد ملكي فكان الوصي
مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة
وقوله وقد مر في كتاب القضاء يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله واذا
باع القاضي او امينه عبدا للغرماء الى آخره وقوله فان كانت التركة قد هلكت

اولم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء اي لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة محالا الى المنتقي ان الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا الان فثم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب ان يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في ضم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له وقوله فان قسم الوصي الميراث الى آخره ظاهر وكذا قوله واذا احتال الوصي بمال اليتيم ولم يذكر ما اذا كان المحتال والمحال عليه سواء في الملاء وذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشائخ رحمهم الله تعالى ومن لا يجوزه يحتاج الى الفرق بينها وبين ما لو باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه جائز بلا ما يجيء والفرق ان البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها ضرر واضح فاما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبراس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبراس المال وهو لا يصح واذا لم يكن معاوضة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لابي يوسف رح فيجب ان يكون هذا ايضا على ذلك وقوله ولا يجوز بيع الوصي واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئا لنفسه او باع من اليتيم شيئا من ماله هل يجوز ام لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في احدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد رحمه الله تعالى وعلى اظهر الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله تعالى لا يجوز على كل حال وقوله والصبي المأذون والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن احد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا

الابالتي هي احسن **قوله** واذاكتب كتاب الشراء على وصي هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذلك احوط **قوله** وبيع الوصي على الكبير الغائب قيد بالكبير لان الورثة اذاكانوا صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض والضياع والعقار على جواب السلف كما ذكرنا من قبل سواء كانوا حاضرين او غيبا * وقال المتأخرون انما يجوز للوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاء له الامن ثمن العقار ويكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة * وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة اصلا لكن يقضي ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت ديون او اوصى بوصية ولم يقض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا وبمقدار الدين ان لم يحط وله بيع ما زاد على الدين ايضا عند ابيحنيفة رح خلافا لهما رحمهما الله تعالى وينفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله لان الاب يلي ما سواه دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين فان كان وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مامورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول مالا تعلق ومن العقار ايضا عند ابيحنيفة رح خلافا لهما رحمهما الله قالا في منع بيع الزيادة ان جوازه للحاجة ولا حاجة الى بيع الزيادة فلا يجوز * واستحسن ابوحنيفة رحمه الله تعالى فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تتجزى فمتى ثبت له الولاية في بيع البعض ثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرارا بتعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير الاترى انه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة

كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها ان الكبار ان كانوا غيبا وخلت التركة من دين و وصية فالوصي يبيع المنقول بالاجماع ويبيع حصة الصغار من العقار واما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حضورا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدر الدين والزيادة على الخلاف وقوله ولا يتجر في المال ظاهر وقوله وكذا الجواب في تركة هؤلاء يعني الاخ والام والعم وانما قيد بتركة هؤلاء لان وصي هؤلاء بعد ترك الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير من ابيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام والام حال حياتها لا تملك بيع ماورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والعقار فكذلك وصيها واما ماورثه الصغير من الام فلوصيها بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين او وصية اما اذا كان فان كان مستغرقا فله بيع الكل ويدخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين واما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار * وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كما لا ولاية للام على الصغير في المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه وقوله والوصي احق بمال الصغير من الجد الى آخره ظاهر وقوله لما بيناه اشارة الى قوله ولان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه الى آخره *

فصل

فصل في الشهادة

قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها فيها قوله واذا شهد الوصيان ظاهر وقوله وجه الاستحسان الى آخره اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب من الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت فيها الشبهة واجيب بان القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصى اليهما لما شهدا بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثم وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك ههنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية يثبت بنصب القاضي وقوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة وقوله وكذا لو شهد ايعني الوصيين الى آخره واضح وقوله واذا شهد رجلان لرجلين جنس هذه المسائل اربعة اوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلان لرجلين بوصية جارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخرا هو ان يشهد الرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة او بثلث المال * ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة ثبتت كالثالث على ما ذكر في الكتاب واما الوجه الاول فقد وقع فيه الاختلاف بناء على ذلك ايضا امر حد القبول وهو الذي ثبت عليه محمد رحمه الله تعالى ولم يضطرب ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى ولا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا لو استوفى

احدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتتحقق التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة والله تعالى اعلم *

كتاب الخنثى

لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود * ذكر في المغرب ان تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وبحث في كلامه فان قوله فصل انه اذا ذكر لفظ شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء يعلم ذكر الفصل بل كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال **قوله** واذا كان له ذكر وفرج وذكر فهو خنثى والظاهر ان الواو الواقع في اول الكلام للعطف على ما تقدم وهو لا لانه على ان هو العضو الاصلي الصحيح ووجهه لان الله تعالى خلق في الخ وان كل عضو له فعة ومنفعتها بين الآتين صدا الاتصال من الانسان ... وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية ... من احدهما عرف ان الآلة التي هي للفصل في حقه هذا والآخر زيادة خرق في البدن ... العيب والباقي ظاهر * وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم ظهر شيء او تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل ... ما يقال لا اشكال بعد البلوغ الا اذا ... *

فصـــــل في احكامه

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل احكامه فقال الاصل في

في الخنثى المشكل ولم يقل المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره وتانيثه الاصل هو الذكر لان حواء خلقت من ضلع آدم عليه الصلوٰة والسلام اعتبره فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل قيل وانما قال باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلوٰة مشتركة موهوم فللتوهم احب له ان يعيد الصلوٰة فان قيل الخنثى ان كان مراهقا فلا اعادة عليه وان افسدها وان كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فيجب احتياطا فما وجه قوله احب الي ان يعيد اجيب بان مراده اذا كان مراهقا فالاعادة مستحبة تخلقا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة كذا في الذخيرة فعلى هذا التقدير تكون اعادة من يمينه ويساره وخلفه بحذائه اذا قام في صف الرجال واجبة لكن ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة المرأة الرجل في حقه موهوم وقوله واحب الينا ان يصلي بقناع يعني اذا كان مراهقا فاما اذا بلغ بالسن فذاك واجب وقوله وهو على الاستحباب يعني اذا كان غير بالغ واما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء فالاعادة واجبة وقوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة قيل فيه نظر لانه وان كان صحيحا في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى موضع العورة من سيدتها بل لها ان تنظر من مولاتها الى مالها ان تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو اخف منه الى خلاف الجنس فليس للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل لو زوجه الولي امرأة بمهر يسير اغنته من شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير اجيب بان محمدا رحمه الله تعالى لم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح مالم يتبين امره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخنثى ان كان امرأة

فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها وقوله ويكره له في حيوته لبس الحرير قيل لا فائدة في قوله في حيوته فانه ليس بعد الموت وانما هو الباس فكان معناه مفهوما من قوله لبس وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج يجوز ان يكون بعضها بيانا للواقع * وانما كره ذلك لان لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيوخذ بالاحتياط والاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله وان يكشف قدام الرجال اوقدام النساء يعني اذا كان مراهقا والمراد الانكشاف هو ان يكون في ازار واحد لا ابداء العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا * وهذه المسئلة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجال الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجازله التكشف للنساء في ازار واحد وقوله وان يخلو به اي يكره ان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة لقوله عليه الصلوة والسلام الالا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما شيطان وامره في ذلك محمول نظرا الى حاليه وقوله لا علم لي في لباسه يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح وقول محمد رحمه الله تعالى ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الحنث لا يثبت بالشك وقوله وان قال القولين يعني ان يقول كل عبد لي وكل امة لي فهو حر وقوله لانه ليس بمهمل يعني انه في الواقع ليس بخال عن احد الحالين وقوله لانه دعوى يخالف قضية الدليل لانه يقتضي بقاء الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما يعلم به غيره وقوله ينبغي ان يقبل انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم يتيقن به وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء اي غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة ابيح نظر الجنس الى الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب

وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله لعدم من يغسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال او عكسه فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان ييمم الاجنبي وبغيرها ان كان ذا رحم محرم من الميت * وينظر الميمم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امرأة ولا تشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحيوة وله اهلية الملك فيها وقوله وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه يعني اعتبارا بحال الحيوة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال الممات * والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام ليلني منكم اولو الاحلام والنهى ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل يعني يقدم الرجل الى جانب القبلة لان جهتها اشرف فالرجل بالتقرب اليه اولى وقد جاء في احد بث انه عليه الصلوة والسلام امر بتقديم اكثرهم اخذا للقرآن الى جانب القبلة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليصير في حكم قبرين وقوله وان جعل على السرير نعش المرأة النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلوة وقوله وان كان ذكرانه [illegible] الثلثة ولا باس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحيوة فالزيادة على الثلث [illegible] للرجل غير ضارة كما في حال الحيوة فان للرجل ان يلبس حال حيوته ازيد [illegible] واما اذا كان انثى كان في الاقتصار على الثلثة ترك السنة والسنة في كفنها خمسة [illegible] **قوله** ولو مات [illegible] وخلف ابنا اعلم ان الشيخ ابا الحسن القدوري [illegible] رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله وكذلك اثبت المصنف رح في الكتاب و [illegible] الشيخ ابو نصر البغدادي وفي عامة الكتب ذكر قول محمد رح مع ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولكن ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اختلفا في تخريج قول الشعبي [illegible] رحمه الله فسره

على وجه ولم يأخذ به وابو يوسف رحمه الله تعالى فسره على وجه ثم أخذ بقوله ان تجعل المسئلة
على سبعة ثم رجع من ذلك وفسره على وجه آخر وهو تفسير محمد رحمه الله تعالى بان تجعل
على اثنى عشر واخذ به وكان قول ابي يوسف رح اولا كقول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله تعالى فيقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات وترك ابنا وخنثى فالمال بينهما
اثلاثا عند ابي حنيفة رح للابن سهمان وللخنثى سهم وهو ادنى حالته في الميراث الا ان يتبين
غير ذلك اي غير كونه انثى بظهور احدى علامات الذكور ولا تعارض عنده بصيرورته ذكرا
وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي وابن ابي ليلى
والثوري وهو مذهب ابن عباس رضي الله تعالى عنهما واختلفا في قياس قول الشعبي
قال محمد رحمه الله تعالى المال سهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة
وقال ابو يوسف رح المال سهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق
كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع لانه ذكر في حال وانثى في حال
بنت وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة ارباع نصيب
الابن فضرب مخرج الربع وهو اربعة في سهم وثلاثة ارباع سهم فيصير سبعة للخنثى ثلثة
وللابن اربعة ولمحمد رحمه الله تعالى ان الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان
انثى كان اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث صحيح واقل ذلك ستة ففي حال
الذكورة سهمان لكل واحد ثلثة اسهم وفي حال الاناثة سهمان للخنثى واربعة للابن فسهمان
للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم
وازم الكسر النصفي فيضعف لزوال الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة
وللابن سبعة * وفي تأخير قول محمد رح اشارة الى ان المصنف رح اختاره وذلك لان الدلائل
متفقون على تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد رحمه الله تعالى اقل مما ذهب اليه ابو يوسف رح
سهم من اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته ان يضرب السبعة في اثنى عشر حيث

حيث لا موافقة بينهما ويبلغ المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلثين واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلثين فظهر ان التفاوت سهم من اربعة وثمانين كذا افاده الامام حميد الدين ولابي حنيفة رح ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء لانه لابد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة او الانوثة ولا شيء منه بمعلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلابد من البناء على المتيقن والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك الى ان يقوم الدليل على الزائد فان من قال لفلان علي دراهم يحكم بالثلثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الاقل متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في القسمة بقاء فلا نمنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في استحقاق اصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة او الانوثة ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه وقوله الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا منه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا ان يصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ نعطي نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهي ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى فان قدرنا الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو الاقل فقدرناه ذكرا * واذا ترك امرأة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى للمرأة الربع ولبني الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى انثى ترث النصف وتكون المسئلة من اثني عشر وتعول الى ثلثة عشر ولها ستة من ثلثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة من اثني عشر هو اقل فقدرناه ذكرا * ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب

وام وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شي للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله اقل النصيبين باسوء الحالين وهذا مذهب عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة امره في المآل كيف تكون حاله في الميراث ماذكره المصنف رح في الكتاب قلت كانه اشار الى ذلك في اول البحث بقوله وهو انثى عنده في الميراث الى ان يتبين غير ذلك يشير الى ان الثلثين في تلك المسئلة يدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك اكثرهم لان سبب استحقاق الابن بجميع المال معلوم وهي البنوة وانما ينقص من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى انثى ما زاحمه الا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقا له * وهل يوخذ منه الكفيل قال بعض مشائخنا رحمهم الله تعالى هو على الخلاف المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى وارث المعروف ام يأخذ منه كفيلا في قول ابيحنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يحتاط في اخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في اخذ الكفيل ههنا عندهم جميعا وانما لم يجوز ابو حنيفة رحمه الله تعالى هناك المجهول وههنا انه يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من اخيه وان تبين انه انثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى ان يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود *

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسائل شتى او مسائل منثورة او مسائل متفرقة من داب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف به اقرار يشير الى ان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين * احدهما ما يكون

مايكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثاني مايكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان منه معهودا في نعم وقوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله حتى لو امتدا راد به سنة كذا ذكره التمرتاشي وروي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لايرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى وقوله وفي الآبدة عرفناه بالنص وهو ماروي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقات ندّ فرماه رجل وسمى فبله فقال عليه الصلوٰة والسلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بها ثم كلوه وقوله لا يحد اي الاخرس اذا قذف بالاشارة او الكناية ولا يحد له اي اذا كان مقذوفا وقوله وهو في حق الاخرس اي العجز في حق الاخرس اظهر منه في حق الغائب لان الظاهر من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال خرسه فلما قبل الكتاب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل في حق الاخرس مع الياس عن زوال الخرس اولى وقوله ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين احتراز عن غير المستبين وهو الكتابة على الهواء والماء مرسوم اي معنون اي مصدر بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان وماذكرناه جار على الاقسام الثلثة والحكم في كل منها ماذكره **قوله** فيستنوى اي يطلب منه النية فيه وقوله لانه بمنزلة صريح الكناية اي الكناية القولية كقوله انت بائن وامثاله وقوله لايختص بلفظة دون لفظة فانه كما يثبت بالعربي يثبت بغيره وقد ثبت بغير اللفظ اي بفعل بدل عن القول كالتعاطي وقوله ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك اي لايكون حجة فتكون فيهما اي في الاخرس والغائب الغير الاخرس روايتان قوله لانه اي الاشارة على تاويل المذكور وقوله لانه اي محمدا رح جمع هناك بينهما بقوله يكتب كتابا او يومي ايماء قوله وفي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان

فصل البيان فى الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام . فى الاشارة زيادة اثر لم توجد فى الكتابة لانه اي الاشارة اقرب الى النطق من آثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الاقلام وهي منفصلة عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارة بيده او برأسه والمتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل عنه فكان اولى بالاعتبار **قوله** وكذا الذي صمت يوما ويومين عطف على قوله ولا يجوز ذلك فى الذي يعتقل لسانه اي لا يجوز اقراره ان اومى برأسه اي نعم او كتب **قوله** واذا كانت الغنم مذبوحة الى آخره ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه غيرهما فانه يتحرى ويصلي فى الذي يقع تحريه انه طاهر فقد جوز التحري هناك حينما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفى الذكية والميتة لم يجوز واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم * ويؤيده ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس بيقين فان كان نجسا وربعه طاهر يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلوته فيه وهو نجس فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

قد طبع بفضل من ليس له بداية ولا نهاية * المجلد الرابع من كتاب العنايه * للعلامة الهمام قدوة المدققين * عمدة المحققين * الشيخ اكمل الملة والدين * محمد بن محمود بن احمد الحنفي المتوفى سنة سبعمائة وستة وثمانين * من الهجرة النبوية * على صاحبها الصلوة والتحية * امده الله بالرضوان * واسكنه اعلى الجنان * نهار سابعة عشر من شهر ذي القعدة سنة الف ومائتين وستة واربعين * من هجرة سيد الانبياء والمرسلين * عليه افضل الصلوات * واكمل التحيات * بتصحيح صفوة العلماء الراسخين * ونخبة الفضلاء الكاملين * الحافظ الحاج العلامة الالمعي النحرير * الجهبذ الشهم الفهامة مولانا احمد كبير * والعالم اللوذعي الصفي * المولوي فتح علي * والفاضل اليلمعي العقيه * المولوي محمد وجيه * والكامل الاديب الفطين * المولوي محمد بشير الدين * والفاضل الذي في مضمار البراعة سبق * المولوي نور الحق * وذي المقام الفخيم * المولوي محمد كليم * جعل الله سعيهم مشكورا * وعملهم مبرورا * باهتمام عين الانسان وانسان العين * المنشي بابو رام دهن سين * في دار الامارة كلكته المحمية * حماه رب البرية *

غلطنامهٔ عنایه جلد رابع



صفحه	سطر	غلط	صحیح
8	2	الموزن	الموزون
10	5	تعائر	تعاير
12	14	لايصم	لايصح
14	22	لاملك	لايملك
18	3	من ان غ ر	من غبران
19	1	ضرر	تضرر
22	20	تحہل	تحمل
24	20	بستره	بشرط
25	18	البيغ	البيع
28	15	الحنف	الحلف
29	2	علدبا	لها
29	20	شوع	الشيوع
32	8	كـ ا سم	كالاخ
34	13	رياءة	زيادة
40	20	فانفان	فان
42	12	انقسير	التفسير
51	7	بمنزله	بمنزلة
51	20	العاضب	العاصب
57	11	نحت	تحت
58	17	دبح	ذبح
64	18	الضررة	الضرورة
66	9	انجم	الجمع
66	12	مستعلبين	مستغلبين
75	7	السبهة	الشبهة
86	17	الركوب	الركوب
92	20	فی احد	وفی احد
94	12	الذی	العذر
96	3	تخصيص	تخصيص

صفحة	سطر	غلط	صحيح
١٠١	٩	يحصل	تحصل
١٠٥	١٨	بالنعيدين	بالنعيين
١١٥	١٥	ام بشر	[illegible]
١١٩	١٠	نبدل	ابدل
١٢٥	٢١	أن	لان
١٣٤	٧	[illegible]	الخصم
١٣٤	٩	[illegible]	تعجيزه
١٣٦	٧	الى	الى
١٤٢	٧	استعملوا	استعملنا
١٤٣	١١	الترتيب	ترتيب
١٤٧	٣	[illegible]	العلاقة
١٥٠	٢٠	ففيه	فيه
١٥٧	١٧	لحديث	لحديث
١٥٧	١٩	مطمئنين	مطمئن
١٨٨	١٤	فعلة	فعل
٢٠١	١٦	المنصف	المصنف
٢١٢	١٢	الاراء	الآراء
٢١٣	٢١	اذا بعد	اذا ابعد
٢٢٦	١٥	الصحح	الصحيح
٢٢٧	٩	ينظر	ينظر
٢٣٨	١	مبايعة	مبايعتها
٢٤٠	١٩	يفنيه	بدنه
٢٥٢	٨	المشفعة	الشفعة

صفحة	سطر	غلط	صحيح
٢٦٢	٢١	القضاء	[illegible]
٢٦٥	٩	لمعمر	[illegible]
٢٦٣	١٣	[illegible]	[illegible]
٢٦٤	١٩	[illegible]	[illegible]
٢٦٥	٨	[illegible]	[illegible]
٢٦٦	١٧	[illegible]	[illegible]
٢٦٧	٢٠	[illegible]	[illegible]
٢٦٩	٣	[illegible]	[illegible]
٢٧٢	١٢	[illegible]	[illegible]
٢٧٤	٢٠	[illegible]	[illegible]
٢٨٤	١٤	[illegible]	[illegible]
٢٩٤	٢	[illegible]	[illegible]
٢٩١	٤	ثم	[illegible]
٢٩٢	١١	[illegible]	[illegible]
٢٩٣	٨	[illegible]	[illegible]
٢٩٥	٢١	[illegible]	[illegible]
٣٠٢	٧	[illegible]	[illegible]
٣٠٢	٩	[illegible]	[illegible]
٣٠٣	١٣	[illegible]	[illegible]
٣٠٤	٢٠	[illegible]	[illegible]
٣٠٥	١١	[illegible]	[illegible]
٣٠٧	١٢	[illegible]	[illegible]
٣١٤	٦	[illegible]	[illegible]

صفحه	سطر	غلط	صحيح
٣١٤	١٧	كنرة	كثرة
٣١٦	١٩	المساقاتت	المساقاة
٣٢٢	١١	التكبر	التكبير
٣٢٢	١٣	عنى	على
٣٢٢	٢١	الءمبسوط	المبسوط
٣٢٤	١٣	حكم	حكم
٣٢٥	١٧	ليئن	لئن
٣٢٥	١٨	تحنق	تحقق
٣٢٧	٤	الصدح	الصبح
٣٢٩	١٩	آمة	آمة
٣٣٧	٢٠	اى	اى
٣٣٩	١٥	واستدل	استدل
٣٤٣	٢٠	متعمدا	معتمدا
٣٤٤	١٣	حانبها	جانبها
٣٥٠	٢	تم	ثم
٣٥١	٢	قيل	قبل
٣٥٦	٦	لراية	الراية
٣٧٢	٣	حمكا	حكما
٣٧٤	٤	تسعة	تسعة
٣٧٦	١٣	خمسة	خمسة
٣٨١	١	لم يتكمن	لم يتمكن
٣٨٢	١٥	التسميقة	التسمية
٣٨	٣	سي	شيخ

صفحه	سطر	غلط	صحيح
٣٩١	١٨	لم تجدوا	لم تجدوا
٣٩٢	٦	يقضى	يفضى
٣٩٢	١٨	يكتفى	يكتفى
٣٩٤	٢٠	لاثار	والآثار
٤٠٢	١٢	الاتفاق	الانفاق
٤٠٤	١٦	حلقة	خلقة
٤٠٤	٢٠	يدخس	يدخل
٤٠٧	١٨	تملة	ثمنة
٤١٣	١٣	لجودة	الجودة
٤١٦	١٠	تحريا	تحريا
٤٢١	٢٠	فيستنذ	فيستند
٤٣٩	٢١	ممنوٴعة	ممنوعة
٤٣٩	٢١	أمما	مما
٤٤٣	١٢	تحصيص	تخصيص
٤٤٦	١٨	تجز	تجوز
٤٤٨	٢١	كل	لكل
٤٥٠	١٠	أطل	ابطل
٤٥٥	٨	تحقيقا	تحقيقا
٤٥٧	١٦	بالبطء	بالبطوء
٤٥٨	٢٠	تبانما	تبانما
٤٥٩	٢١	عشرة	وعشرة
٤٦٠	٢٠	التنل	القتل
٤٦٢	٢١	المار	المال

صفحه	سطر	غلط	صحيح
۴۶۸	۱۶	بعمل	يعمل
۴۶۸	۲۰	ثهادتهم	شهادتهم
۴۷۰	۱۳	يوفص	نوقض
۴۷۲	۱	بيانهم	بينهم
۴۷۷	۴	الابل	الإبل
۴۷۷	۲۰	اعادة	اعاد
۴۷۸	۱۵	مروع	فروع
۴۷۹	۳	يقر	يقرر
۴۸۳	۷	العقيقه	العقيقة
۴۸۵	۱۸	اي	أبى
۴۸۶	۳	بعبينة	به
۴۸۶	۵	وبلين	بينه وبين
۴۸۱	۲۰	نفاسدة	الفاسدة
۴۹۴	۱۴	ان له	لعان
۴۹۷	۱۶	النمة	الفتنة
۵۰۲	۲	بحت	تحت
۵۰۲	۳	والسر	السير
۵۰۹	۱۹	ليمار	الحمار
۵۰۹	۱۹	النقضان	النقصان
۵۱۲	۲۰	وري	وروي
۵۲۰	۱۵	تلك	وتلك

صفحه	سطر	غلط	صحيح
۵۳۴	۱۴	العربي	[illegible]
۵۳۸	۲	قبل	[illegible]
۵۴۱	۲۱	اماذا	[illegible]
۵۴۳	۹	[illegible]	[illegible]
۵۴۳	۱۴	يسر	[illegible]
۵۵۴	۱۸	[illegible]	[illegible]
۵۵۶	۱۵	[illegible]	[illegible]
۵۵۷	۲	اعرج	[illegible]
۵۶۶	۴	علما	[illegible]
۵۶۷	۸	معرفة	[illegible]
۵۶۸	۱	[illegible]	[illegible]
۵۰۴	۱۸	[illegible]	[illegible]
۵۸۵	۷	[illegible]	[illegible]
۵۹۷	۱۹	[illegible]	[illegible]
۶۰۶	۵	[illegible]	[illegible]
۶۰۷	۲۰	[illegible]	[illegible]
۶۱۰	۱۲	[illegible]	[illegible]
۶۱۴	۱	[illegible]	[illegible]
۶۱۸	۲	[illegible]	[illegible]
۶۲۳	۱۲	رحا	[illegible]